Die

rechtliche Natur des (obligatorischen) Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht.

Nach Gemeinem Civilrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Wangemann,
Referendar.

Charlottenburg 1900.

Buchdruckerei »Gutenberg«, Berliner Strasse 102.

Referent: **Professor Dr. Bernhöft.**

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0107

Litteratur

nach der Buchstabenfolge der Verfasser.

Bechmann, der Kauf nach gem. Recht, Erlangen 1884.
Dabelow, Handbuch des heutigen gemeinen Römischdeutschen Privatrecht. Halle 1863.
Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages. Freiburg 1871.
Dernburg, Pandekten, 5. A. Berlin 1897.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Berlin 1899.
Eichhorn, Privatrecht, 5. A., Göttingen 1845.
Fitting, Zur Lehre vom Kauf auf Besicht. Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. II.
Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatrechts. 3. A. Berlin 1873.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten.
Gruchot, Beiträge, Bd. 10. Erlangen 1814.
Jäger, Der Vorkauf. Marburg 1893.
Koch, Das Recht der Forderungen. Breslau 1840.
Leyser, *Meditat. ad Pandectas.* Frankenthalii 1778.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G.-B. Berlin 1896.
Nettelbladt, *De expensarum et pretii restitutione in retroventione. Hala 1776.*
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Planck, Erläuterung zum B. G.-B. Berlin 1898.
Platner, Der Wiederverkauf in Bd. 4 der Zeitschrift für Rechtsgeschichte.
v. Savigny, System des heut. röm. Rechts. Berlin 1840.
v. Scheurl, Nebenbestimmungen bei Rechtsgesch. Erlangen 1871.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1898.
Schweppe (Meyer), Das röm. Privatrecht. Göttingen 1828.
Seufferts Archiv.
Seuffert, Pandekten, 3. A. Würzburg 1852.
Sintenis, Das gemeine Civilrecht, 3. A. Leipzig 1868.
Stammler, Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Stobbe, Deutsches Privatrecht, 2. A. Berlin 1883.
Strippelmann, Entsch. des Ober-Appell.-Ger. zu Kassel 1851.
Treitschke, Kaufkontrakt, 2. A. Gera 1865.
Unterholzner, Schuldverhältnisse. Leipzig 1840.
v. Vangerow, Pandekten. Leipzig 1876.
Walck, Näherrecht, 3. A. Jena 1795.
v. Wening-Ingenheim, Gem. Civilrecht. München 1827.
Windscheid, Pandekten, 7. A. Frankfurt a. M. 1887.

Disposition.

§ 1. Wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufs- und Wiederkaufs rechtes.

I. Teil.

Der Vorkauf.

§ 2. Begriff.
§ 3. Historische Entwickelung.
§ 4. Die rechtliche Natur des Vorkaufsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 5. Obligatorische Wirkung.
§ 6. Einfluss des Verkaufes an einen Dritten.
§ 7. Uebertragbarkeit — Mehrheit der Subjekte.

B. Nach B. G.-B.

§ 8. Allgemeine Wirkung.

II. Teil.

Der Wiederkauf.

§ 9. Unterschied vom Vorkaufsrecht.
§ 10. Geschichtliche Entwickelung.
§ 11. Rechtliche Natur des Wiederkaufsrechtes.

A. Gemeines Recht.

§ 12. Wirkung.
§ 13. Vererblichkeit, Cessibilität, Unteilbarkeit.

B. Nach B. G.-B.

§ 14. Allgemeine Wirkung.

§ 1.

Wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufs- und Wiederkaufsrechtes.

Allgemein ist das Streben der heutigen Volkswirtschaft darauf gerichtet, die Aufzehrung der kleineren Existenzen durch den Grosskapitalismus zu verhindern, weil man sich wohl bewusst ist, wie verderblich es für das gesunde Fortbestehen eines Staates ist, wenn auf der einen Seite grösster Reichtum, auf der anderen bitterste Armut herrscht. Daher will man gerade den Klein- und Mittelbetrieb erhalten und in jeder Weise stärken.

Im gegenwärtigen wirtschaftlichen Leben sieht man jedoch oft, dass die kleineren Leute sich in einer bedrängten wirtschaftlichen Lage befinden, die sie zwingt, eine Summe Geldes aufzubringen. Dies geschieht nun sehr oft dadurch, dass sie einen Gegenstand verpfänden oder verkaufen. Dass man allgemeiner einen Verkauf bevorzugt, liegt in der Natur der Sachverhältnisse. Man findet weit leichter einen Käufer als einen Pfandgläubiger. Ersterer erlangt volles Eigentum an der gekauften Sache, letzterer nur eine Sicherung für sein vorgestrecktes Geld.

Doch liegt es nahe, dass bei einem solchen Verkauf, zu dem der Verkäufer durch die Notlage gezwungen ist, das Vermögen desselben geschädigt wird, indem der Kapitalist den Gegenstand ihm unter den Wert abkauft. Der Verkäufer aber hofft, dass eine Besserung seiner Vermögenslage eintreten werde, und hierzu soll ihm gerade die vom Kapitalisten erhaltene Geldsumme dienen. Um nun später sein früheres Besitzstück von dem Käufer wiedererwerben zu können, bietet ihm das Recht zwei Möglichkeiten. Einmal kann er sich ein Vorkaufsrecht ausbedingen, um somit bei einer Wiederveräusserung der verkauften Sache die Möglichkeit des Wiedererwerbes zu haben, oder er fügt dem Kaufvertrag den Vorbehalt des Wiederkaufes bei, wodurch es ihm jeder Zeit freisteht, den ihm früher gehörigen Gegenstand vom Käufer zu erwerben. Sehr häufig findet man besonders die Wiederkaufsklausel bei einem Verkauf unter solchen Umständen, während die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufes, wie weiter unten behandelt wird, noch auf einem anderen Gebiet liegt.

Betrachtet man den Kern dieses zuletzt angeführten Geldgeschäftes, so wird es in der Regel ein verstecktes Darlehen sein. Es ist nun leicht möglich, dass sich unter der Maske des Rückkaufes ein wucherischer Charakter eines Darlehens verbirgt. Für einen solchen Fall würden die Bestimmungen der Reichswuchergesetze vom 24. Mai 1880 und 19. Juni 1893 (§ 302a und 302e St.-G.-B.) und des B. G.-B. (§ 138) Platz greifen.

Praktischen Wert hat das Vorkaufsrecht weiterhin dadurch, dass es eine Zersplitterung des Grundbesitzes verhütet und damit Grundlage des Familienwohlstandes werden kann. Die neueren[1]) Gesetzbücher und auch das B. G.-B. erklären ein dingliches Vorkaufsrecht für zulässig. Auf diese Weise kann, wenn z. B. ein Familiengrundstück einem Familienmitglied überlassen wird, durch Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechtes für die übrigen Familienmitglieder jeder Veräusserung ausserhalb der Familie vorgebeugt werden.

Von einschneidender Wirkung aber ist das Vorkaufsrecht für das Agrarrecht. Durch die neuere Agrargesetzgebung ist die Erbpacht in manchen Bundesstaaten beseitigt, auch das B. G.-B. lässt dieses Rechtsinstitut nicht wieder aufleben, wenngleich nach Art. 63 des E.-G zum B. G.-B. das bestehende Erbpachtrecht unberührt bleiben soll. Das dingliche Vorkaufsrecht kann aber allgemein an die Stelle des früheren Erbpachtrechtes treten[2]). Durch Vorbehalt eines solchen können die Grossgrundbesitzer, welche Land veräussern, sich einen Einfluss darauf bewahren, in wessen Hände die Grundstücke kommen, namentlich sich aber dadurch einen angesessenen Arbeiterstand erhalten.

Für ein dingliches Vorkaufsrecht an Grundstücken ist aber stets Voraussetzung, dass diesem ein persönliches zu Grunde[3]) liegt. Dies zeigt sich auch in der Haftung des Verpflichteten, sowohl der persönlichen als auch der dinglichen Klage gegenüber. Es bleibt demnach eine Feststellung der juristischen Natur des persönlichen Vorkaufsrechtes auch für das dingliche an Grundstücken von entscheidender Bedeutung.

Gegenstand unserer Untersuchung soll nun die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechtes und im Anschluss daran die rechtliche Natur des Wiederkaufsrechtes sein.

---

[1]) A. L.-R. I 20 §§ 570, 631 Sächs. B. G.-B. §§ 401, 1124, 1136 ff.
[2]) Motive zum B. G.-B. Bd. III S. 448.
[3]) Derselben Ansicht ist *Immerwahr* in *Iherings* Jahrbücher Bd. 4 (zweite Folge) S. 284 ff.

I. Teil.

Der Vorkauf.

§ 2.
Begriff des Vorkaufsrechtes.

A. Nach gemeinem Recht.

Regelmässig ist es dem einzelnen Menschen vollkommen frei überlassen, ob er einen Vertrag abschliessen will oder nicht. Nur im besonderen Fall kann durch Gesetz, Vermächtnis oder Vertrag ein Zwang, d. h. auf der einen Seite eine Verpflichtung, auf der anderen ein Recht zum Abschluss eines Vertrages begründet sein.

Eine solche[4]) *obligatio vel ius ad contrahendum* gewährt das *ius protimiseos*, dessen wichtigste Anwendung das Vorkaufsrecht ist. Es lässt sich von einem *ius protimiseos* in zweifacher Anwendung sprechen, man kann jemand einen Vorzug bei der Eingehung und bei der Erfüllung eines Rechtsgeschäftes gewähren. Das Vorkaufsrecht insbesondere giebt einen Vorzug bei der Eingehung eines Rechtsgeschäftes, kraft dessen, um[5]) Winscheid's Begriffsbestimmung einzuführen, „jemand, wenn er verkaufen will, einer bestimmten Person die Vorhand lassen muss, vorausgesetzt, dass dieselbe gleiche Bedingungen bietet, wie ein dritter Kauflustiger geboten hat."

Der Verkäufer hat hiernach die Verpflichtung, einen Vertrag bestimmter Gattung, mit besonderem Inhalt und zu bestimmter Zeit mit dem benachrichtigten Käufer abzuschliessen. Der Käufer hat dagegen ein Recht auf Abschluss eines Kaufvertrages, dessen Inhalt und Bedingungen durch die Unterhandlungen zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten bestimmt sind.

Müssen diese Unterhandlungen bereits zum Abschluss eines Vertrages geführt haben? Es ist hier auf diese Streitfrage näher einzugehen. Während die herrschende Meinung, welche auch in der oben angeführten Definition Windscheid's enthalten ist, die Ansicht vertritt, dass der Ver-

---

[4]) Jäger, das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht S. 1 f.
[5]) Windscheid, Pandekten Bd. II S. 413.

pflichtete in erster Linie mit dem Berechtigten den Vertrag abschliessen muss, also dass von einem Dritten nur ein Vertragsangebot erforderlich ist, haben andere[6]) die Auffassung, dass der Verpflichtete mit dem Dritten bereits den Vertrag abgeschlossen haben muss, bevor er dem Berechtigten Gelegenheit giebt sein Recht auszuüben. Für die letztere Auffassung sprechen allerdings sachliche Gründe. Eine vollständige Klarheit der Bedingungen, unter denen der Berechtigte den Vertrag mit dem Verpflichteten schliessen kann, ist solange nicht vorhanden, als die Unterhandlungen mit dem Dritten noch zu keinem Abschluss geführt haben. Vom Standpunkt des Vorkaufsberechtigten, welcher vollständige Klarheit der Bedingungen erwünscht, wäre daher der Abschluss des Vertrages mit dem Dritten erforderlich. Jedoch in den Quellen ist, wie sich aus einer analog herangezogenen Stelle bei der *in diem addictio* ergiebt, eine andere Ansicht vertreten. L. 7 und 8 D 18,2 lautet: *Licet autem venditori meliore allata condicione addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus addicere l. 8. necesse autem habebit venditor meliore condicione allata, priorem emptorem certiorem facere, ut, siquid alius adicit, ipse quoque adicere possit.* Nach diesen *cit. ll* hat der Verkäufer ein Rücktrittsrecht bei einem besseren Angebot seitens eines Dritten. Ist jedoch der erste Käufer willens, seinerseits den Kaufpreis ebenfalls zu erhöhen, bis zur Höhe des Angebots des Dritten, so muss der Verkäufer ihm gegenüber den Kaufvertrag erfüllen[7]). Überträgt man diese Bestimmungen der *cit. ll,* die im übrigen die Voraussetzungen für das Vorkaufsrecht auch enthalten, auf letzteres, so ergiebt sich: Es genügt ein Vertragsangebot von dem Dritten, keinesfalls muss es zum Abschluss des Vertrages gekommen sein. Der Verpflichtete hat daher vor Abschluss des Vertrages mit dem Dritten, dem Berechtigten die Möglichkeit zu gewähren, von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch zu machen. Doch die Verpflichtung des Verkäufers geht nicht nur dahin, dass er beim Vertragsschluss mitzuwirken hat, sondern er muss dem Berechtigten direkt den Vertragsschluss anbieten, falls der Berechtigte unter den von dem Dritten gebotenen Bedingungen sein Vorrecht ausüben will.

Macht der Berechtigte jetzt von seinem Rechte Gebrauch, so hat der Verpflichtete mit ihm einen Vertrag des Inhalts zu schliessen, wie er sonst ihn mit dem Dritten abgeschlossen

[6]) Jäger, a. a. O. S. 2 und 83.

[7]) Jäger behauptet a. a. O. S. 14 „dass der erste Käufer den Dritten überbieten müsse.“ Ebenso Bechmann, Kauf, Teil 2 Abs. 1 S. 508 Anm. 2. Diese Behauptung ist unrichtig. Vergl. hierfür Windscheid a. a. O. § 323.

hätte. Die erforderliche Bestimmtheit des Ausspruches des Berechtigten erhält der Anspruch durch die angebotenen Bedingungen seitens des Dritten. Hiernach ergiebt sich für das Vorkaufsrecht folgende Begriffsbestimmung:

Das Vorkaufsrecht gewährt ein Recht, kraft dessen der Verpflichtete gehalten ist, sobald er den Entschluss fasst und die Gelegenheit bekommt, den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, zu verkaufen, dem Berechtigten den Abschluss eines Vertrages auf Grund der vom Dritten gebotenen Bedingungen anzubieten. Auf Verlangen des Berechtigten hat er einen solchen Kaufvertrag mit diesem zu schliessen und zu erfüllen.

B. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Das B. G.-B. hat, wie es im allgemeinen überhaupt Begriffsbestimmungen vermeidet, auch keine für das Vorkaufsrecht gegeben. Es bleibt daher Aufgabe der Wissenschaft, diese aus den einzelnen Rechtssätzen abzuleiten.

Ein fundamentaler Unterschied gegen das gemeine Recht besteht darin, dass ein Vertragsschluss, der Abschluss eines Kaufes mit einem Dritten erforderlich ist, bevor der Berechtigte einen Anspruch auf Ausübung seines Vorkaufsrechtes gewinnt, nicht mehr genügt das Angebot eines Dritten. Hiermit ist nicht mehr ein Verkaufslustiger, sondern ein Verkäufer der Verpflichtete. Der gemeinrechtliche Inhalt des Vorkaufsrechtes, dass der Verpflichtete dem Berechtigten bei Eingehung eines Kaufvertrages den Vorzug geben soll, ist daher für das B. G.-B. nicht mehr zutreffend. § 504 des B. G.-B. sagt ganz klar, „sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat.“ Ein Vorrecht mit dem Inhalt, dass der Verpflichtete zuerst mit dem Berechtigten den Kauf abschliessen soll, ist also logisch undenkbar. Auch kann man nicht davon reden, dass der Berechtigte etwa an die Stelle des Dritten trete, dass ihm ein Eintrittsrecht in den Kauf zustände. Es bestehen keine rechtlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Dritten, ferner wird auch durch Ausübung des Vorkaufsrechtes, wie nach anderen Gesetzbüchern[5]), keineswegs der vom Verkäufer mit dem Dritten geschlossene Vertrag hinfällig. Zwar erhält der Berechtigte durch seinen Vorkauf alle Rechte und Pflichten des Dritten, aber ein wirklicher Eintritt

[5]) A. L.-R. I 20 § 623: Wenn der Berechtigte sich einmal erklärt hat, den Vorkauf ausüben zu wollen, so wird der erste Käufer von seiner Verbindlichkeit frei.

in den Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Dritten findet nicht statt[9]), sondern dieser Vertrag ist nur inhaltlich für die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten von Bedeutung.

Darin liegt eben eine Besonderheit des Vorkaufsrechtes, dass nicht eigene Vereinbarungen zwischen den Parteien den Umfang und Inhalt ihrer rechtlichen Beziehungen regeln, sondern dass durch die Erklärung des Berechtigten den Vorkauf ausüben zu wollen, die Abmachungen des Verpflichteten mit einem Dritten auch auf sie beide, d. h. den Berechtigten und den Verkäufer sich erstrecken.

Eine Folge hiervon ist, dass durch Ausübung des Vorkaufsrechtes hinsichtlich desselben Gegenstandes zwei Ansprüche entstehen, denen der Verpflichtete haftet, einen kann er aber nur erfüllen.

Aus dem Vorkaufsrecht aber ergiebt sich für den Verpflichteten die Verbindlichkeit die Sache an den Berechtigten zu übergeben und zu übereignen[10]). Keineswegs ist er von dieser Verbindlichkeit etwa dadurch befreit, dass er die belastete Sache ohne Rücksicht auf das auf ihr ruhende Vorkaufsrecht dem Dritten verkauft und übergeben hat. Dagegen gegen den Dritten kann der Berechtigte aus seinem Vorkaufsrecht niemals Ansprüche auf Herausgabe erheben.

Als allgemeine Pflicht statuirt das B. G.-B. im § 510 für den Verkäufer, dass er dem Berechtigten von dem Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages Anzeige macht. Von dieser Anzeige aber hängt für den Berechtigten nicht etwa die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes ab[11]), vielmehr kann der Berechtigte sofort nach Abschluss des Vertrages mit dem Dritten sein Recht ausüben. Mit der Anzeige erfüllt der Verkäufer nur eine Pflicht, auch kann die Mitteilung seitens des Dritten eine solche des Verkäufers ersetzen.

Nach alledem lassen sich für das Vorkaufsrecht folgende Merkmale aufstellen:

1. Es gewährt einen Anspruch auf vorzugsweise Verschaffung des Eigentums an einem im Verkaufswege zu veräussernden Gegenstand.

2. Der mit einem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag ist Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufes und bestimmt den Inhalt des abzuschliessenden Kaufes.

---

[9]) Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, Teil II, S. 225, Anm. 2 u. 4. Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I S. 526 No. 9.

[10]) Vergl. Matthiass, a. a. O. S. 526 C. 1.

[11]) Vergl. Oertmann a. a. O. S. 228 Anm. 1. Matthiass a. a. O. S. 526 B.

3. Der Verpflichtete ist gehalten, Mitteilung von dem Vertragsschluss zu machen und den Anspruch des Berechtigten zu erfüllen.

Hiernach ist die Begriffsbestimmung des Vorkaufsrechtes folgende:

Jemand muss, wenn er über einen Gegenstand, hinsichtlich dessen ein Vorkaufsrecht begründet ist, einen Kaufvertrag mit einem Dritten geschlossen hat, den Inhalt dieses Vertrages dem Berechtigten mitteilen und auf Verlangen des letzteren mit diesem den Kauf zum Abschluss bringen.

§ 3.

Entwicklung des Vorkaufsrechtes.

In den Quellen des römisches Rechts finden wir einige Fälle des Vorkaufrechtes. Danach besteht es kraft Gesetzes:

1. Nach der *l 3 Cod. de emphyteutico iure IV 66* steht dem Eigentümer des emphyteutischen Grundstückes bei der Veräusserung desselben ein Vorkaufsrecht zu. Erst im justinianischen Recht findet sich diese Ausbildung des Institutes, dass Emphyteusen mit privaten Grundherren vorkommen[12]), vorher gab es nur staatliche bei *agri patrimoniales,* zu denen später noch die Emphyteuse bei kirchlichen Gütern hinzukam. Nach der *cit. l* war der Emphyteute verpflichtet, dem Grundherrn Nachricht zu geben, unter welchen Bedingungen er das emphyteutische Grundstück verkaufen könne. Innerhalb zweier Monate hatte sich dann der *dominus* zu erklären, ob er den Vorkauf ausüben wolle oder auf 2 % des Preises Anspruch mache.

2. Die *l 16 D de reb. auctor. iud. possidendis velvendundis 42,5* sicherte den Gläubigern und Verwandten eines Gemeinschuldners ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu und zwar derart, dass bei einer Versteigerung der Sachen des Kridars bei gleichen Geboten Verwandten und dritten Personen gegenüber die Gläubiger und unter ihnen, *cui maior pecunia debebitur,* den Zuschlag erhalten. Den Verwandten steht dann an 2. Stelle vor Dritten ein Vorzug zu. Es ist zwar von manchen[13]) behauptet, dass dies nur eine „reglementarische Vorschrift“ für den *magister bonorum* beim Konkurse sei; allein, wenn auch zugegeben werden muss, dass dies Vorkaufsrecht von den übrigen abweicht[14]) — der Berechtigte muss selbst an der Versteigerung teilnehmen und mitbieten, der

---

[12]) Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 642.

[13]) Göppert, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 14 S. 408.

[14]) Bechmann schreibt a. a. O. S. 267 Anm. 1: „Ein vollkommenes Vorkaufsrecht liegt hier freilich nicht vor.“

Verpflichtete braucht daher nicht einen Vertragsabschluss dem Berechtigten anzubieten, — so ist doch deshalb, weil der Berechtigte Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung seines Gebotes hat, mag er es auch später abgegeben haben, der in der *cit. l 16* erwähnte Fall hierher zu rechnen[15]).

Anlass zu der Ansicht Göpperts mag der Umstand gegeben haben, dass dies Vorkaufsrecht nur bei öffentlichen Versteigerungen Platz griff. Früher — eine Verordnung *l 14 Cod. IV. 38* der Kaiser *Gratian, Valentinian* und *Theodosius* aus dem Jahre 391 lässt wenigstens darauf schliessen, — stand den Verwandten stets ein Vorkaufsrecht zu, nicht nur im Falle einer öffentlichen Versteigerung[16]). Durch die *lex Dudum* hoben die oben erwähnten Kaiser dieses Vorrecht auf, ohne damit auch die für den Specialfall gegebene *l 16 D 42,5* zu berühren.

3. Ein weiteres Vorkaufsrecht war auch das Recht des ersten Käufers bei der *addictio in diem*[17]), das wir bereits im § 2 erwähnt haben.

Es ist dies allerdings nicht unbestritten. Man[18]) hat behauptet, dass nach der Stelle in der *l 7 D 18,2,* »*nisi prior paratus sit plus adicere*« verlangt wird, dass der erste Käufer den zweiten überbieten müsse. Gestützt wird diese Ansicht auf die *Basil. Liber 19 tit. 2 § 6,* wo dieselbe Stelle lautet: „*εἰ μὴ πλέον ὁ πρῶτος ὑπερθεμαθίζει.*“ Allein nach der richtigen Ansicht ist das »*plus adicere*« zu beziehen auf das frühere Gebot des ersten Käufers, d. h. er muss mehr bieten als er anfangs geboten hat, aber nur soviel wie der zweite Käufer.

4. Schliesslich stand noch dem Fiskus nach der *l 1 Cod. de metallariis et metallis XI 7* ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu an den in Privatbergwerken zu Tage geförderten Metallen. Diese Bestimmung rührt her von den Kaisern Valentinian und Valens aus dem Jahre 365. Doch enthält dies Vorkaufsrecht einige Abweichungen von den sonst geltenden Grundsätzen. Einerseits müssen die Bergwerksbesitzer *quid autem amplius colligere potuerint* dem Fiskus verkaufen, andererseits bekamen sie nicht den Preis, den ein Dritter geboten hatte, sondern *competentia pretia.*

Ausser den bisher behandelten Fällen, wo das Vorkaufsrecht kraft Gesetzes besteht, geben uns die Quellen noch einige Stellen, wo es durch letztwillige Anordnung begründet

---

[15]) Jäger a. a. O. S. 9.
[16]) Diese Ansicht findet sich auch bei Glück Bd. 16 S. 174.
[17]) Glück Bd. 16 S. 174. Dernburg a. a. O. § 95.
[18]) Jäger a. a. O. S. 14.

ist. Die *l 5 pr. D de action. empti vend. 19,1* ferner *l 49 § 8 u. 9 D de leg. I* und *l 44 D de solut. 46,3* geben Beispiele dafür, wo dem Erben oder Vermächtnisnehmer ein solches auferlegt ist.

Dagegen dafür, dass die Römer bereits ein Vorkaufsrecht, das durch Vertrag begründet war, kannten, geben uns die Quellen keinen Anhaltspunkt. Es ist zwar mit ziemlicher Bestimmtheit anzunehmen, wie wir unten zeigen werden, aber die Quellenstellen[19]), die man[20]) anführt, haben darauf keinen Bezug[21]).

Bei der Reception des römischen Rechtes stiess das Vorkaufsrecht auf ein ähnliches, bei den Deutschen stark entwickeltes Recht, nämlich das Retraktsrecht. Zwischen beiden Instituten[22]) bestehen viele Berührungspunkte, z. B. in Bezug auf die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Anspruchs, in Bezug auf den Wegfall des Anspruches u. a.

Wesentliche Unterschiede jedoch sind folgende: Der Retrakt besteht in der Befugnis in den geschlossenen Kauf einzutreten[23]), er bezieht sich regelmässig nur auf unbewegliche Sachen[24]), er geht, was beim Vorkaufsrecht, wie unten nachzuweisen ist, nicht der Fall ist, gegen dritte Erwerber[25]). Ferner ist der Retrakt beschränkt auf bestimmte Personen (Verwandte, Markgenossen, Nachbarn u. a.) und an die Person des Berechtigten gebunden.

Die frühere Jurisprudenz hat regelmässig den Retrakt mit dem Vorkaufsrecht in Verbindung gebracht[26]). Eine Folge dieser Verschmelzung ist, dass in vielen Fällen sich nicht feststellen lässt, ob das Vorkaufsrecht oder der Retrakt gemeint ist. Es ist unbestreitbar, dass die Entwicklung beider Institute unter diesem Zustande zu leiden gehabt hat.

Zur Scheidung beider Institute, des Vorkaufes und des Retraktes, ist das gemeine Recht seit Anfang dieses Jahr-

---

[19]) *l 75 D de contr. empt. 18,1; l 21,5 D de act. empti vend. 19,1; l 122,3 D de V. O. 45,1.*

[20]) So Walch, Näherrecht, S. 91, Glück, Bd. 16 S. 156, Senff, Arch. Bd. 30 No. 247 u. a.

[21]) Sintenis § 116 S. 648, der in diesen Stellen ein *pactum ut nulli alii quam mihi venderes* sieht od. Windscheid, der ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot annimmt.

[22]) Walch a. a. O. S. 92/93.

[23]) Eichhorn, Privatrecht § 102. Stobbe § 89.

[24]) Walch a. a. O. S. 127. Stobbe § 89.

[25]) Stobbe *cit. l.* „Dem Retrakt liegt kein dingliches Recht zu Grunde — — — vielmehr hat der Retrahent ein durch Gesetz anerkanntes Recht und kann dasselbe jedem Erwerber gegenüber geltend machen.

[26]) Dahin gehört Glücks Darstellung, die nach Sintenis S. 648 „ganz ungeniessbar und für die Anwendung wahrhaft gefährlich ist."

hunderts gekommen, und das heutige gemeine Recht basiert wieder grossenteils auf der in den Quellen gegebenen Grundlage.

Auch das B. G.-B. behandelt das obligatorische Vorkaufsrecht auf Grund gemeinrechtlicher Anschauungen, während es in strenger Scheidung davon das dingliche Vorkaufsrecht auf Grund des deutschrechtlichen Retraktes ausgebildet hat.[27]).

§ 4.

Die rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufes.

A. Gemeines Recht.

Über die rechtliche Natur des Vorkaufes sind von den Rechtsgelehrten verschiedene Ansichten aufgestellt:

I. Die ältere gemeinrechtliche Doktrin[28]) sah das Wesen des *pactum protimiseos* in der Verpflichtung, keinem anderen zu verkaufen als dem ursprünglichen Verkäufer, wenn der Käufer die Sache einmal wiederverkaufen wollte. Gestützt wurde diese Ansicht auf die *l 21,5 D de action. empti vend. 19,1.* Es ist richtig, dass diese Stelle von einem *paktum ut nulli alii quam mihi venderes* handelt, keineswegs aber kann dieser Begriff auf das Vorkaufsrecht bezogen werden. Das Vorkaufsrecht verlangt, dass dem Berechtigten ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages unter den Bedingungen zusteht, die dem Verpflichteten von dem Dritten geboten sind. Davon aber sagt die *l 21 cit.* nichts. Vielmehr enthält sie: Ein Verkäufer bedingt sich aus, falls der Käufer verkauft, »*ut nulli alii quam mihi venderes*«. Daher hat schon *Sintenis*[29]) diese Ansicht bekämpft. Ein weiterer Grund, der gegen diese Konstruktion des Vorkaufes spricht, ist folgender: Wenn der Verpflichtete trotz des *pactum protimiseos* die Sache, auf die sich das Recht bezieht, einem Dritten verkauft und tradiert, so bleibt dies vollkommen gültig, eine Thatsache, die der Annahme eines vertragsmässigen Veräusserungsverbotes direkt entgegen steht.

II. Eine gleichfalls veraltete Auffassung ist die, dass der Vorkauf ein bedingter[30]) Kaufvertrag sei. Bei einem vertragsmässigen Vorkaufsrecht wäre die Annahme eines bedingten Vertrages an sich nicht ausgeschlossen. Dagegen spricht allerdings die Analogie der gesetzlichen und testamentarischen Vor-

---

[27]) Oertmann a. a. O. S. 223.
[28]) Glück Bd. 16 S. 160 Anm. 45.
[29]) Sintenis, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. II S. 649.
[30]) Matthiae, Kontrovers. Lex. des röm. Civilrechts Bd. 1 S. 409. Seufferts Archiv Bd. 14 No. 244.

kaufsrechte, bei welcher die Annahme eines bedingten Kaufvertrages unhaltbar ist.

Noch mehr aber fällt gegen diese Auffassung ins Gewicht, dass die Absicht der ein Vorkaufsrecht begründenden Parteien garnicht auf Abschluss eines bedingten Kaufvertrages geht. Wäre letzteres der Fall, so müsste der Inhalt des Kaufvertrages bestimmt oder wenigstens sofort bestimmbar sein. Doch dem gerade entgegengesetzt lassen die Parteien den Inhalt ihres Vertrages völlig unbestimmt, sie machen ihn abhängig von dem Inhalt der von einem Dritten später gebotenen Bedingungen, nur die Gattung des beabsichtigten Geschäftes wird vereinbart. Mithin ist, da überhaupt kein Kaufvertrag vorläufig zwischen den Parteien zu stande gekommen ist, auch die Annahme eines bedingten Kaufvertrages zurückzuweisen.

III. Verbreiteter ist die Auffassung[31]), dass ein bedingtes *pactum de vendendo* vorliegt, bedingt einmal dadurch, dass der Verpflichtete den Entschluss fasst, die Sache zu verkaufen und ein Angebot seitens eines Dritten bekommt, zum anderen durch das »*si volet*« der Berechtigten.

Diese Ansicht lässt sich aber nicht verteidigen, denn der Umstand, dass der Verpflichtete, „Lust und Gelegenheit bekommt, die Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, zu verkaufen," ist hier nicht blos eine Nebenbestimmung die von den Parteien dem *pactum* beigefügt ist, sondern es ist die Voraussetzung zur Ausübung des Vorkaufes.

IV. Man kann noch annehmen, dass manche[32]) der Ansicht sind, der Vorbehalt des Vorkaufes liesse sich denken teils als *pactum de contrahendo,* teils als auflösende Bedingung. Damit wird behauptet, es gäbe kein einheitliches Institut des Vorkaufes, sondern es enthalte zwei verschiedene Rechtsgeschäfte.

Dies ist aber nicht richtig, denn sowohl das gemeine Recht als auch die neueren Partikularrechte haben den Vorkauf als ein bestimmtes Rechtsinstitut aufgefasst und ausgebildet. Dieses kann aber nur eine rechtliche Natur haben. Entweder ist es eben ein Vorbehalt des Vorkaufes oder, wenn ein anderes Rechtsgeschäft in ihm eingekleidet ist, eben dieses andere Rechtsgeschäft.

V. Die herrschende Meinung sieht das Vorkaufsrecht nicht als den Verkauf selbst, auch nicht als einen bedingten an, sondern es begründet eine Verpflichtung, nach der der Verkäufer sich nicht frei einen Gegenkontrahenten wählen

---

[31]) Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 1 S. 273. Treitschke-Wengler a. a. O. S. 211.

[32]) Vergl. Unterholzner a. a. O. § 434.

darf, er muss vielmehr einem bestimmten Käufer den Vorzug lassen und mit diesem den Kaufvertrag abschliessen. Mithin stellt sich, soweit der Verkäufer diese *obligatio ad contrahendum* vertragsmässig auf sich genommen hat, der Vertrag als ein *pactum de contrahendo,* ein Vorvortrag dar.[33])

Meines Erachtens nach ist diese Auffassung von der rechtlichen Natur des *pactum protimiseos* die allein richtige.[34])

Denn:

1. Die Kontrahenten nehmen durch das ausbedungene Vorkaufsrecht einen künftigen Vertragsschluss in Aussicht, sie beabsichtigen einen Kaufvertrag abzuschliessen

und

2. eine auf Abschluss dieses Kaufvertrages gerichtete Verpflichtung räumt der erste Käufer vertragsmässig ein, er verpflichtet sich, mitzuwirken zum Zustandekommen eines künftigen Hauptvertrages.

Die ad 1 und 2 erwähnten Erfordernisse sind aber stets die Bedingungen für ein *pactum de contrahendo.* Auf diese Gesichtspunkte angesehen ergiebt sich also, dass der Vertrag, durch den die Parteien ein Vorkaufsrecht begründen, als ein Vorvertrag anzusehen ist. Daher finden die allgemeinen Regeln über Vorverträge entsprechende Anwendung. Der wirkliche Vorkauf hat daher nichts Besonderes, er fällt vielmehr unter die allgemeinen Regeln des Kaufes. Dass der eine Teil zum Abschluss des Vertrages verpflichtet ist, dadurch erleidet der Kauf an sich keine Änderung.

VI. Hervorzuheben bleibt noch, dass der Vorvertrag, wie jeder Vertrag, hinlänglich bestimmt sein muss, damit er rechtliche Wirkungen hat. Beim Vorkaufsrecht wird dieser erforderlichen Bestimmtheit der Leistung des Verpflichteten durch den Hinweis auf die mit dem Dritten geführten Unterhandlungen Genüge geleistet.[35])

VII. Gewöhnlich wird das Vorkaufsrecht, was viele Schriftsteller allein erwähnen, mit einem auf Eigenthumsübergang gerichteten Vertrage *uno actu* als Nebenvertrag geschlossen. Es ist aber für das gemeine Recht ohne Zweifel, dass der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag auch als ein selbständiger vorkommen kann. Keineswegs wird dadurch seine Gültigkeit oder Klagbarkeit in Frage gestellt.[36])

---

[33]) Bechmann, a. a. O. § 190 ff. Göppert, a. a. O. Bd. 14 S. 402, 408, 420. Jäger, a. a. O. S. 25 u. a.

[34]) Degenkolb, der Begriff des Vorvertrages S. 22.

[35]) Degenkolb, a. a. O. S. 19.

[36]) Seufferts Archiv, Bd. 36 No. 247.

B. Nach B. G.-B.

I. Die für das gemeine Recht bestimmte rechtliche Natur des Vorkaufsrechtes als eines *pactum de contrahendo* lässt sich für das B. G.-B. nicht halten. Mit dieser Auffassung harmonieren nicht die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes.

Es unterliegt zwar keinem Zweifel, dass das B. G.-B., wenn es auch den Vorvertrag nicht besonders behandelt und nicht einmal diesen Ausdruck kennt, ihn trotzdem für zulässig hält. Er wird stets für den Fall von Bedeutung bleiben, wo auf der einen Seite eine Verpflichtung zum Abschlusse eines künftigen Hauptvertrages wie beim Kreditvertrage besteht[37]). Doch davon ist beim obligatorischen Vorkaufsrecht nicht die Rede, das B. G.-B. normiert dieses in anderer Weise, als der Auffassung des römischen Rechtes entspricht. Es soll kein neuer Hauptvertrag geschlossen werden, sondern durch die formlose Erklärung des Vorkaufsberechtigten, sein Recht ausüben zu wollen, kommt, wie § 505 Abs. 1 sagt, der Kauf zu stande. Ein *pactum de contrahendo* kann daher nicht angenommen werden.

II. Eher könnte man wegen der Bestimmung des § 505 Abs. 1 die Ausübung des Vorkaufsrechtes als Abschluss eines selbständigen Kaufvertrages ansehen[38]), wozu der Verkäufer verpflichtet ist, und dessen Abschluss der Käufer durch blosse Erklärung herbeiführt. Hierin liegt aber ein innerer Widerspruch. Eine einseitige Verpflichtung soll sich durch blosse Erklärung in einen zweiseitigen Kontrakt verwandeln[39])!

III. Nach Planck[40]) beruht das Vorkaufsrecht auf einen den Verpflichteten bindenden, auf Abschluss des Vorkaufes gerichteten Vertragsantrag. Bedenklich ist bei dieser Konstruktion einerseits die Unwiderruflichkeit der Offerte, zum andern aber spricht direkt dagegen, dass nach § 505 Abs. 1 S. 2 der Berechtigte bei der Erklärung, sein Recht ausüben zu wollen, an keine Geschäftsform irgendwie gebunden ist.

IV. Es liegt m. E. näher, dass in Rücksicht darauf, dass auf Grund des Vorkaufes kein neuer Hauptvertrag eintritt, das eigentlich konstitutive Moment für die durch Ausübung des Vorkaufsrechtes hervortretenden Gerechtsame in dem zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zuerst geschlossenen Vertrage liegt, bezw. einem ihm beigefügten *actus contrarius*[41]). Doch die Verpflichtung des Gegners wird erst

---

[37]) Stammler, a. a. O. S. 12 f.
[38]) Dieser Ansicht ist Endemann, a. a. O. S. 731.
[39]) Ebenso Oertmann, a. a. O. S. 223.
[40]) Planck, Kommentar, Lief. IV S. 275.
[41]) Oertmann, a. a. O. S. 223, vergl. auch Matthiass, a. a. O. S. 526. Schollmeyer a. a. O. S. 25.

fällig, wenn er seinerseits einen neuen Kaufvertrag über den betreffenden Gegenstand mit einem Dritten geschlossen hat, und wenn der Berechtigte den Vorkauf ausüben will. Der *„actus contrarius"* steht also unter zwei Bedingungen.

Einwenden liesse sich gegen diese Konstruktion die mangelnde Bestimmbarkeit des Inhalts des bedingten *actus contrarius*. Doch es genügt m. E., dass durch den Hinweis auf den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages der Inhalt des bedingten *actus contrarius* zwar nicht sogleich, aber doch für den Moment, wo es notwendig ist, d. h. für den Eintritt des Vorkaufes bestimmbar ist. Dass dies zulässig ist, ergiebt sich aus den §§ 453 u. 501 B. G.-B., nach welchen der Kaufpreis durch ein späteres Ereignis erst bestimmbar zu sein braucht.

Wenn man sich dieser Ansicht anschliesst, dann erklärt es sich auch, dass durch die einseitige Erklärung des Berechtigten der Vorkauf ausgeübt wird und ein Kauf zwischen den Parteien zu stande kommt. Ferner ergiebt es sich mit Notwendigkeit, dass die Erklärung des Berechtigten absolut formlos ist und nicht etwa der Form eines Kaufvertrages bedarf.

Andererseits kann man im Anschluss hieran erwähnen, dass der Vertrag, durch den sich die eine Partei ein Vorkaufsrecht ausbedingt, mag er nun selbständig sein oder einem vorhergegangenen Verkauf beigefügt sein, stets der Form eines Veräusserungsgeschäftes über den betreffenden Gegenstand bedarf[42]).

Im folgenden kommen wir zu den Wirkungen des Vorkaufsrechtes. Der Übersichtlichkeit halber wollen wir zuerst das Gemeine Recht und dann das B. G.-B. behandeln.

Wirkungen des Vorkaufsrechtes.

§ 5.

Nach gemeinem Recht.

Das Vorkaufsrecht gewährt ein *ius ad contrahendum* d. h. der Berechtigte kann verlangen, dass mit ihm ein Vertrag auf Grundlage der mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen geschlossen werde. Dieser Befugnis des Berechtigten steht gegenüber die Verbindlichkeit des Verpflichteten, beim Abschluss des Vertrages als Kontrahent mitzuwirken.

Gegenstand des Vorkaufsrechtes ist daher Mitwirkung zu einem Vertragsschluss, ein *„facere"*. Damit ist aber entschieden, dass das Vorkaufsrecht nicht die Sache, in Bezug

---

[42]) Vergl. Oertmann, a. a. O. S. 224.

auf die es begründet ist, ergreift, mit anderen Worten, nicht ein *ius ad rem* gewährt, sondern der Berechtigte hat nur ein Forderungsrecht gegen den Verpflichteten zur Vornahme einer Handlung; die Wirkung des Vorkaufsrechtes ist also eine rein obligatorische.[43])

Erst durch die Erfüllung des mit dem Berechtigten abgeschlossenen Kaufvertrages, durch die Tradition der betreffenden Sache, steht ihm gegen jeden Dritten ein dinglicher Anspruch zu.

Man[44]) hat behauptet, dass das Vorkaufsrecht für den Fall dingliche Wirkung habe, wo es, auf Gesetz beruhend, nicht nur für den einzelnen Fall zustehe, sondern dauernd. Als Beispiele hat man hierfür angeführt: das Vorkaufsrecht des *dominus* eines emphyteutischen Grundstückes, ferner das der Gläubiger und Verwandten eines Gemeinschuldners und das des Fiskus in Bezug auf die zu Tage geförderten Metalle.

Mit Recht hat man[45]) hiergegen angeführt, dass jedes Vorkaufsrecht nur für den Fall zusteht, dass der Verpflichtete ein Angebot seitens eines Dritten erhält, also für einen einzelnen Fall. Auch die Quellen sagen nichts davon, dass das gesetzliche Vorkaufsrecht jemals dingliche Wirkung habe. Der Grundherr kann vom Emphyteuta verlangen, mit ihm einen Kaufvertrag zu schliessen, denn darauf allein und nicht gegen Dritte steht ihm auf Grund seines Vorkaufsrechtes ein Anspruch zu, also hat der Emphyteuta nur die Verpflichtung, mitzuwirken zum Abschluss eines obligatorischen Vertrages.[46])

Dem steht nicht entgegen, dass der Grundherr das betreffende Grundstück von einem dritten Erwerber vindicieren kann, wenn der Emphyteuta es ohne vorherige Anzeige an den *dominus* einem Dritten verkauft hat. Die Vindikation ist nicht eine Folge des Vorkaufsrechtes, sondern sie steht dem Grundherrn zu, kraft der besonderen gesetzlichen Bestimmungen der Emphyteuse.[47])

Ebenso bezieht sich der Vorzug der Gläubiger bezw. Verwandten nur darauf, dass der *magister bonorum* ihnen den Zuschlag erteilt, dagegen haben sie kein *ius ad rem.* Ferner liegt in den Worten der *l 1 Cod. de metallar. et met.*

---

[43]) Bechmann, a. a. O. S. 278. Dernburg, a. a. O. S. 262. Schweppe, a. a. O. S. 124. Sintenis, a. a. O. S. 649. Windscheid S. 413 u. a.

[44]) Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem Recht und preuss. Recht, Bd. 3 § 242.

[45]) Jäger, a. a. O. S. 38.

[46]) *l. 3, 2 Cod. de emphytiure IV 66* lautet: *Etsi quidem dominus hoc dare maluerit et tantam praestare quantitatem, quantam ipsa veritate emphyteuta ab alio accipere potest,* ***ipsum dominum omi modo*** *haec comparare.*

[47]) Glück, Bd. 16 S. 173.

XI 7 »*fisco potissimum distrahant*« nur ein Vorrecht auf Abschluss eines Kaufvertrages begründet und nichts weiter.

Eine andere Ansicht, die in Glücks Kommentar[48]) vertreten wird, legt dem auf Verfügung von Todeswegen beruhenden Vorkaufsrecht eine dingliche Wirkung bei. Übersehen ist hierbei, dass die Verbindlichkeit des Verpflichteten (Erbe, Legatar u. a.) keineswegs auf ein *dare* geht, sondern er kann nur zur Mitwirkung bei einem Vertragsschluss, also zu einem *facere* herangezogen werden. Daraus folgt, dass der Berechtigte keinen dinglichen Anspruch auf die Sache hat, sondern nur einen persönlichen[49]), zu dessen Verwirklichung ihm die *actio ex testamento* zusteht.

Windscheid[50]) wirft die Frage auf, ob durch Vertrag dem Vorkaufsrecht dingliche Wirkung beigelegt werden kann. Es ist diese Frage allerdings im bejahenden Sinne durch den Obersten Gerichtshof[51]) für Bayern beantwortet worden. Allein für das gemeine Recht muss die Verdinglichung des Vorkaufsrechtes durch Vertrag zurückgewiesen werden. Wir haben im vorhergehenden ausgeführt, dass das Vorkaufsrecht im gemeinen Recht die Verpflichtung zu einem *facere* enthält. Eine solche Verpflichtung ist aber begrifflich nur persönlicher Natur. Ein persönliches Recht aber zu einem dinglichen zu machen und damit auch dritte diesem Rechte zu unterwerfen, steht nicht im Belieben der Parteien. Ein daraufzielender Vertrag ist ohne Wirkung.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass für das gemeine Recht nur ein obligatorisches Vorkaufsrecht anzuerkennen ist.

§ 6. Fortsetzung.

Welchen Einfluss hat die Erfüllung des Vertrages mit dem Dritten auf das Vorkaufsrecht?

Aus dem am Schluss des vorigen Paragraphen Gesagten könnte man folgern, dass nach der Tradition der mit einem Vorkaufsrecht belasteten Sache an einen Dritten der Anspruch des Berechtigten lediglich noch auf Schadensersatz geht, da obligatorische Ansprüche nur den Berechtigten und Verpflichteten binden und die Leistung seitens des Verpflichteten nicht mehr möglich ist. Eine Klage auf käufliche Überlassung der Sache an den Berechtigten wäre demnach zurückzuweisen.

---

[48]) Glück, Bd. 16. S. 168.

[49]) *l 5 pr. D 19,1: Si heres testamento quid vendere damnatus sit et vendiderit de reliquis, quae per consequentias emptionis propria sunt, velex empto vel ex testamento agi cum eo poterit.*

[50]) Windscheid a. a. O. S. 413.

[51]) Seufferts Archiv, Bd. 32, No. 43.

Doch betrachtet man die bestehenden Rechtsverhältnisse näher, so ergiebt sich folgendes.

Ohne Zweifel hat das Eigentum an der Sache, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, der erlangt, dem sie zuerst tradiert ist, also in unserem Fall der Dritte. Thatsächlich wird daher der Berechtigte die Sache nicht mehr zum Eigentum erlangen können. Doch abgesehen hiervon liegt an sich kein Grund vor, der Erklärung des Berechtigten, den Vorkauf ausüben zu wollen, die Wirkung zu entziehen, dass der Verpflichtete mit ihm zuerst den Kaufvertrag abschliessen und erfüllen soll. Die direkte Verpflichtung des Verkäufers geht auf ein *„contrahere"* folglich geht die Klage des Berechtigten auf ein *„contrahere"*.[52])

Andererseits lässt sich auch nicht einwenden, dass die Sache, über die zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten der Kaufvertrag abgeschlossen werden soll, durch Tradition an den Dritten eine fremde geworden ist und damit einem Vertrage der Parteien entzogen ist.[53]) Es ist unbestritten, dass eine fremde Sache gültig verkauft werden kann. Der Promittent mag dann zusehen, wie er sich die Sache verschafft oder sich sonst von seiner Verpflichtung löst. *(cf. l 137,4 D de V. O. 45,1).* Es ist also in unserem Fall weder der Abschluss des Vertrages unmöglich, noch selbst dessen künftige Erfüllung, da ja der Verpflichtete sich die Sache wiederverschaffen kann, auf seiner Seite besteht eben nur eine *difficultas dandi.*

Die Tradition der Sache an einen Dritten hat also keinen Einfluss auf das Vorkaufsrecht an sich, der Promittent bleibt in diesem Falle nicht bloss zum Schadensersatz verpflichtet, sondern seine Verpflichtung ist genau dieselbe geblieben wie vorher, eine *obligatio ad contrahendum.*

Die Klage des Berechtigten geht also auf „Verkaufen" zu den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen. Eine weitere Frage ist die, wenn der zum *„vendere"* verurteilte Schuldner *in dicatum non facit,* wie sich dann die Verhältnisse gestalten. Für das römische Recht gaben schon die prätorischen Stipulationen ein Beispiel dafür, dass der Praetor durch Zwangsmassregeln einen Vertragsschluss herbeiführen konnte. Für das heutige Recht gilt der Vertrag als geschlossen[54]) mit der Rechtskraft des Urteils, so dass nun auf Erfüllung geklagt werden kann. Hierfür, sowie für die Schadensersatzklage gelten dann hinsichtlich der Zwangsvollstreckung die allgemeinen Grundsätze.

---

[52]) Göppert a. O. S. 410 f.
[53]) Seufferts Arch., Bd. 30, No. 247.
[54]) C.-P.-O. § 894; vergl. Bechmann, a. a. O. S. 272.

Bei der bisherigen Behandlung der Frage nach dem Einfluss der Tradition der Sache an einen Dritten haben wir angenommen, dass der Dritte *in bona fide* war. Macht sich nun der Dritte haftbar wegen *mala fides,* wenn er beim Erwerben der Sache davon Kenntnis hatte, dass ein Berechtigter dieselbe Sache kraft Vorkaufsrechtes verlangen könne.

Es bleibt hierbei zu berücksichtigen, dass zwischen dem Dritten und dem Berechtigten gar keine rechtlichen Beziehungen bestehen. Für die Erfüllung der Vorkaufsverbindlichkeit des Verpflichteten haftet er aber ebensowenig, wie für eine sonstige persönliche Verbindlichkeit desselben. Was sollte den Dritten also veranlassen, auf das bestehende Vorkaufsrecht irgenwie Rücksicht zu nehmen! Ein *dolus* ist von seiner Seite ganz ausgeschlossen.

§ 7.

Übertragbarkeit des Vorkaufsrechtes. Mehrheit der Subjekte.

I. Es ist kaum bestritten worden, dass die Erben des Vorkaufsverpflichteten ihrerseits für die Verpflichtung ihres Erblassers verbindlich bleiben.[55]) Ebenso kann auch eine Singularsuccession in die Verbindlichkeit des Verpflichteten nach den allgemeinen Regeln[56]) stattfinden. Der bisher Verpflichtete wird dann, falls der Berechtigte zustimmt, befreit.

II. Dagegen herrscht darüber, ob das Vorkaufsrecht auch auf die Erben des Berechtigten übergeht, Streit. In älterer Zeit[57]) war man der Meinung, dass das Vorkaufsrecht auch aktiv vererblich sei, falls es nicht anders abgemacht sei; doch in neuerer Zeit ist es bestritten.[58]) In den Quellen findet man keinen Anhalt zur Lösung der Streitfrage. Die *l 122,3 D de V.O. 45,1*[59]) die von Glück citiert wird, handelt überhaupt nicht vom Vorkaufsrecht (vergl. § 3).

Um die Frage zu beantworten, muss man bei den Vorkaufsrechten einen Unterschied machen zwischen solchen, die dem Berechtigten zustehen, solange er gewisse Eigenschaften in seiner Person vereinigt, und solchen, die der berechtigten Person kraft besonderer Abmachung zustehen.[60]) Vorkaufs-

---

[55]) So auch: A. L.-R. I 20 § 569, Sächs. B. G.-B. § 1127.
[56]) Windscheid, a. a. O. § 338 ff.
[57]) Glück, Bd. 16 S. 194.
[58]) Göppert, a. a. O. S. 424. Seuff. Arch. Bd. 17 No. 244.
[59]) *Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel eius successori venderet.*
[60]) Vergl. Jäger, a. a. O. S. 107.

rechte erster Art sind die gesetzlichen. Dem Berechtigten, dem ein solches Vorkaufsrecht zusteht, kommt dieser Anspruch zu, kraft Rechtssatzes; sein Vorkaufsrecht ist bedingt durch die bestimmten Eigenschaften, die der betreffende Rechtssatz fordert, und welche er in seiner Person vereinigt. Es kann daher auch nicht von einer Vererbung des Anspruches geredet werden. Denn fehlen dem Erben die bestimmten Eigenschaften, so kann er keinen Anspruch auf ein Vorkaufsrecht erheben. Hat er sie dagegen, so erwirbt er das Vorkaufsrecht originär, aus dem betreffenden Rechtssatz selbst.

Etwas anderes ist es aber, wenn das Vorkaufsrecht bereits zur Wirksamkeit gekommen ist, und dem Berechtigten ein Anspruch schon zusteht. Dann greifen die Grundsätze über die anderen Vorkaufsrechte Platz. Bei diesen wird man auf die allgemeinen Regeln über Forderungsrechte zurückgreifen müssen. Denn es liegt an sich für das Vorkaufsrecht als Bestandteil des Vermögens einer bestimmten Person kein Grund vor, warum es nicht wie jeder andere Anspruch vererblich sein sollte. Im römischen Recht sind alle Forderungsrechte vererblich, eine Ausnahme besteht nur für die *iura personalissima*. Doch giebt es für letztere keinen feststehenden Grundsatz. So z. B. hatte der Erbe für den Schaden aus unerlaubten Handlungen seines Erblassers nach römischem Recht die Bereicherung, welche er aus dem Delikte hatte, herauszugeben.

Nirgends ist nun aber in den Quellen davon die Rede, dass das Vorkaufsrecht ein höchst persönliches ist. Eventuell hat gerade der Berechtigte bei Begründung des Vorkaufsrechtes weniger sein Interesse als das seiner Rechtsnachfolger im Auge gehabt. Ist von diesem Gesichtspunkt aus unbedingt eine Vererblichkeit des Vorkaufsrechtes auf Seiten des Berechtigten zuzugeben, so besteht noch eine Schwierigkeit darin, dass von manchen[61]) überhaupt verneint wird, dass Ansprüche aus *pacto de contrahendo* auf die Erben übergehen können. Man hat behauptet, dass die bestimmte Person des Berechtigten zum Abschluss des Vertrages notwendig sei, falls nicht die Verpflichtung eine durchaus verschiedene von der ursprünglichen sein sollte. Hiergegen lässt sich einwenden, dass dann aus demselben Grunde eine Vererblichkeit auf Seiten des Verpflichteten nicht zugelassen werden dürfte. Es gilt aber allgemein als zulässig, dass nach dem Tode des Verpflichteten der Anspruch auch gegen dessen Erben geltend gemacht werden kann. Ferner lassen auch bei anderen Rechts-

---

[61]) Göppert, a. a. O. S. 423 ff.

verhältnissen die Quellen einen Wechsel in der Person des Berechtigten und damit eine Vererblichkeit zu.[62])

Es lässt sich daher kein triftiger Grund dagegen anführen, dass eine Vererblichkeit der Ansprüche aus *pacta de contrahendo* und damit aus dem *pactum protimiseos* ausgeschlossen wäre.

III. Eine Möglichkeit der Cession des Anspruches aus dem Vorkaufsrechte wird von den neueren Partikularrechten[63]) in der Regel verneint. Es fragt sich, wie sich das gemeine Recht zu dieser Frage verhält.

Was die gesetzlichen Vorkaufsrechte anbetrifft, so ist bei diesen, da hier gewisse Eigenschaften in der Person des Berechtigten verlangt werden, eine Cession ausgeschlossen. Erfüllt der Berechtigte die Erfordernisse des Gesetzes, so bedarf es keiner Cession des Anspruches mehr, er hat letzteren schon originär erworben. Andererseits kann ihm eine Cession des Anspruches seitens des von ihm Berechtigten auch nicht das Vorkaufsrecht geben.

Betrachten wir die auf Rechtsgeschäft beruhenden Vorkaufsrechte, so muss man aus denselben Gründen, aus denen eine Vererblichkeit zugelassen wird, im allgemeinen auch eine Cessibilität anerkennen. Doch, um dieser Frage näher zu treten, wollen wir überhaupt feststellen, ob Rechte aus *pacta de contrahendo* abtretbar sind. Einige[64]) verneinen schlechthin die Möglichkeit einer Abtretung des Anspruches, nur wenn dieser bereits ein Entschädigungsanspruch geworden sei, sei eine Cession zulässig. Als Grund führen sie gegen eine Abtretung an, dass damit eine Veränderung in der Person des Berechtigten eintrete, die dem anderen Teil lästig fallen könnte, und die er sich daher nicht zu gefallen lassen braucht, ein Grund, der, wie wir bereits oben ausgeführt haben, nicht stichhaltig ist.

Richtig ist allerdings, dass der, der ein Geschäft mit *Titius* abschliessen will[65]), nicht ohne weiteres genötigt werden kann, auch ein solches mit *Seius* abzuschliessen, z. B. ein Kapitalist verspricht dem *Titius*, mit ihm einen Kreditvertrag abzuschliessen. *Titius* cediert jetzt seinen Anspruch aus dem Versprechen an *Seius*, so dass mit ihm jetzt der Kapitalist den Vertrag abschliessen soll. Es kann hierbei nun leicht der Fall eintreten, dass die Sicherheit für den Kapitalisten eine viel geringere geworden ist, und er Nachteil befürchten muss.

---

[62]) Die versch. Ansichten finden sich bei Degenkolb, Archiv für civil. Praxis, Bd. 71 S. 78 ff.

[63]) A. L.-R. I 20 § 544. Sächs. B. G.-B. § 1127.

[64]) Göppert a. a. O. S. 424. Bechmann, a. a. O. S. 275.

[65]) Vergl. Kohler, Arch. f. Bürgerl. Recht, S. 235 ff.

Nun hätte ja der verpflichtete Kapitalist von vornherein eine Nichtabtretbarkeit des Anspruches ausmachen können, allein zur Zeit, wo er den Vorvertrag abschloss, lag der Gedanke an eine Cession beiden Parteien vielleicht ganz fern. Doch es giebt dagegen, dass der Verpflichtete nicht irgendwelchen Schaden aus seiner unverschuldeten Unterlassung erleidet, ein Sicherungsmittel. Der Verpflichtete kann vom Cessionar sich irgendeine Sicherheit (Pfand, Bürge etc.) dafür stellen lassen, dass er durch den Wechsel in der Person des Berechtigten nicht benachteiligt werde. Weigert sich der Cessionar, dies zu thun, so steht dem Verpflichteten die *exceptio doli* zu.

Kehren wir nach dieser Abschweifung von dem Gegenstand unserer Abhandlung zum Vorkaufsrecht zurück, so ergiebt sich folgendes:[66])

Im allgemeinen liegt es vollkommen in der Hand des Verpflichteten, sich vor jedem Nachteil dadurch zu sichern, dass er nur solche Angebote eines Dritten auf die mit dem Vorkaufsrecht belastete Sache berücksichtigt, die ihn für den Fall, dass der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht, vor jedem Nachteil sichern, z. B. er verlangt sofortige Baarzahlung. Hat er aber in Unkenntnis der Cession nur an die Person des bisherigen Berechtigten gedacht und z. B. Stundung des Kaufpreises dem Dritten gewährt, so kann er durch Verlangen einer Sicherheitsleistung von dem Cessionar jedem ihm etwa erwachsenden Schaden vorbeugen. Natürlich kann auch der Cessionar durch eine Sicherheitsleistung den Verpflichteten dazu nötigen, mit ihm einen Kaufvertrag abzuschliessen.

IV. Es kann nun z. B. durch Erbgang eintreten, dass auf der einen Seite eine Mehrheit der Subjekte, der Berechtigten oder Verpflichteten, vorhanden ist. Ist der Anspruch bezw. die Verbindlichkeit teilbar, so steht jedem Berechtigten der Anspruch *pro parte* zu, bezw. jeder Verpflichtete ist zum entsprechenden Teile verbindlich.[67])

Bei einem unteilbaren Vorkaufsanspruch kann der Anspruch, wie bei jedem solidarischen Recht, nur im ganzen geltend gemacht werden[68]), ebenso kann die Verpflichtung nur im ganzen erfüllt werden. Jedem Berechtigten steht aber, wenn auch die übrigen von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen, der ganze Anspruch zu, und er kann ihn ohne Rücksicht auf die übrigen Berechtigten erheben. Er hat sich dann

---

[66]) Jäger, a. a. O. S. 114.

[67]) v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. 1 S. 335: Alle *obligationes faciendi* sind, wenn *facere* in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts besteht, teilbar.

[68]) Dernburg, a. a. O. Bd. 2 S. 72.

nach den allgemeinen Regeln mit den übrigen Berechtigten auseinanderzusetzen.[69])

§ 8.

Wirkungen nach B. G.-B.

I. Während das gemeine Recht nur ein obligatorisches Vorkaufsrecht kennt, giebt es im B. G.-B. sowohl ein obligatorisches wie ein dingliches, die das Gesetzbuch in strenger Scheidung von einander behandelt.

Ersteres wird in den § 504—514 geregelt. Gemäss seiner obligatorischen Natur wirkt es nur gegenüber dem zur Gestattung des Vorkaufes Verpflichteten, keineswegs auch einem Dritten gegenüber, der die dem Vorkaufsrecht unterliegende Sache gekauft hat, selbst wenn er den Kauf bei Kenntnis des Vorkaufsrechtes abgeschlossen hat. Mit der einseitigen empfangsbedürftigen Erklärung (§ 130) des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten kommt der Kaufvertrag zwischen ihnen zu stande, ohne dass ein neuer Vertragsschluss noch hinzukommen muss.

Entsprechend den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten hat der Verpflichtete nach allgemeinen Regeln (§§ 325, 526) Schadensersatz zu leisten wegen Unmöglichkeit der Leistung und wegen rechtlicher und faktischer Mängel des dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes.[70])

Hat also der Verpflichtete den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, einem Dritten zu Eigentum übertragen, so bleibt die Verbindlichkeit des Verpflichteten, da er sein Unvermögen selbst herbeigeführt hat, (unverschuldetes nachfolgendes Unvermögen befreit regelmässig) an sich davon unberührt. Der Berechtigte hat noch immer Anspruch darauf, dass der Verpflichtete den Gegenstand ihm übereignet, aber selten wird sich dieser Anspruch verwirklichen. Aus dem Zuwiderhandeln des Verpflichteten gegen seine Verbindlichkeit ist dem Berechtigten aber ausserdem noch ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben (B. G.-B. § 325).

II. Beim Tode des Verpflichteten bleiben die Erben desselben verbindlich.[71]) Dagegen gilt das Vorkaufsrecht, soweit nichts Anderes besimmt ist, weder als übertragbar noch auf der Aktivseite vererblich (B. G.-B § 514.[72]) Gerechtfertigt

---

[69]) Windscheid, a. a. O. Bd. 2 § 299 Anm. 3.

[70]) Matthiass, a. a. O. S. 526. Oertmann, a. a. O. § 505 Anm. 2. Plank, a. a. O. S. 276.

[71]) Motive, Bd. II S. 351 f.

[72]) Matthiass, a. a. O. S. 525 No. 6.

wird diese Bestimmung durch den vorliegenden Zweck, nach welchem es nur den persönlichen Interessen des Berechtigten dienen soll.[73]) Doch stehen sich Vererblichkeit und Übertragbarkeit nicht vollständig gleich. Letztere ist beim Mangel einer anderweiten Bestimmung der Parteien immer ausgeschlossen, dagegen sieht das Gesetzbuch (§ 514) in der Festsetzung einer bestimmten zeitlichen Beschränkung für das Vorkaufsrecht den Willen der Parteien zum Ausdruck gebracht, dass das Vorkaufsrecht vor Ablauf einer bestimmten Frist nicht erlöschen soll. Für die Dauer dieser Frist gilt es daher auch für aktiv vererblich.

III. Das Vorkaufsrecht kann nun von seiner Begründung an oder auch durch Erbgang mehreren zustehen. Nach § 513 ist der Anspruch unteilbar, er kann nur im Ganzen geltend gemacht werden. Doch es erlischt der Anspruch nicht etwa für alle zusammen, wenn einer von ihnen das Recht z. B. durch Verzicht verloren hat, oder er es seinerseits nicht ausüben will (§ 513 S. 2). Aber die übrigen Berechtigten haben dies nachzuweisen.

Ob das Recht nur gegen mehrere Verpflichtete zusammen geltend gemacht werden kann, regelt das B. G.-B. nicht. Es käme also auf die Auslegung des Vertrages der Parteien an, ob sie stillschweigend eine Unteilbarkeit bestimmt haben. Ohne weiteres liegt zur letzteren Annahme eine Notwendigkeit nicht vor.[74])

---

[73]) Motive cod.
[74]) Oertmann, a. a. O. S. 222. Anm. 3

II. Teil.

Der Wiederkauf.

§ 9.

Unterschied vom Vorkaufsrecht.

Ein dem Vorkaufsrecht verwandtes Recht ist das des Wiederkaufes. Die Ähnlichkeit liegt besonders darin, dass es gleichfalls ein dem ersten Verkäufer günstiger Vorbehalt ist, und darin mag auch der Grund dafür zu suchen sein, dass nicht selten das Vorkaufsrecht als eine Unterart des Wiederkaufsrechtes aufgefasst worden ist.[75])

Doch schon bezüglich der Voraussetzungen der Geltendmachung des Anspruches besteht zwischen beiden Rechten ein Unterschied. Der Wiederkaufsberechtigte kann bei keiner anderen Bestimmung jeder Zeit, gleichgültig ob der Verpflichtete will oder nicht will, seinen Anspruch geltend machen, während der Vorkaufsberechtigte immer davon abhängig ist, ob der Verpflichtete Lust zum Verkauf hat und ein Angebot seitens eines Dritten erhalten hat, bezw. nach der Bestimmung des B. G.-B. ob der Verpflichtete bereits einen Kaufvertrag mit einem Dritten geschlossen hat.

Ferner ist in Bezug auf den Inhalt beider Rechte zu bemerken, dass beim Wiederkaufsrecht der Berechtigte Anspruch hat auf Abschluss eines Vertrages, der dem gleicht, welchen die Parteien früher bereits abgeschlossen haben, und an den das Wiederkaufsrecht geknüpft ist, oder dessen Bedingungen beim Abschluss des ersten Vertrages mit festgesetzt sind, während der Vorkaufsberechtigte über den Inhalt des mit dem Verpflichteten abzuschliessenden Vertrages im unklaren ist, nur die Gattung kennt er, die näheren Bestimmungen ergeben aber erst die vom Verpflichteten mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen.

---

[75]) z. B. bei Treitschke-Wengler (der Kaufkontrakt) lautet es: »geht der Käufer einer Sache eine solche Verbindlichkeit (Vorkauf) gleich beim Kaufe ein, so ist dies nichts anderes als eine Art bedingten Wiederkaufes.«

Ferner ist das Wiederkaufsrecht notwendig an einen vorhergegangenen Kaufvertrag geknüpft, mit Recht sagt Glück[76]) dass ein *pactum de retrovendendo* nur denkbar ist, wenn es einem Kaufvertrage angehängt ist. Dagegen kann das Vorkaufsrecht sowohl in einem Nebenvertrag als auch in einem selbständigen Vertrag ausbedungen werden.

Es ergiebt sich daher, dass beide Rechte trotz ihrer Verwandtschaft nicht als gleichartig angesehen werden dürfen.

§ 10.

Geschichtliche Entwickelung des Wiederkaufsrechtes.

Bestritten wird, ob die Römer überhaupt schon das Rechtsinstitut des Wiederkaufes gekannt haben.[77]) Man muss zugeben, dass die angeführten Quellenstellen *l 2 Cod. de pactis inter empt. et vend. compos. IV. 54 (Imp. Alexander), l 7 Cod. cod. tit. (Impp. Diocletianus et Maximianus)* und *l 12 D de praescr. verbis 19,5* auch eine andere Auffassung zulassen wie z. B. einen Reukauf oder resolutiv bedingten Kauf. Daher schreibt auch Nettelbladt[78]) von diesen Stellen: *„Hi textus vero non agunt de emptione venditione cum pacto de restituendo proprie sic dicto — — —, sed potius in eis de pacto displicentiae emptioni venditioni in favorem venditoris adiecto, ab eo diverso sermo est.“* Seiner Ansicht nach handeln die obenerwähnten Stellen von einem *pactum displicentiae,* welches in *favorem venditoris* zugefügt ist. Als Beispiel für ein *pactum displicentiae in favorem emtoris* führt er weiterhin an die *l 6 Cod. eod. tit. IV 54,* während die *l 2,5 D pro emptore 41,4 „de utroque pacto displicentiae explicari queat.“*

Betrachtet man die Anfänge unseres Rechtsinstitutes, so findet man in der *mancipatio cum fiducia*[79]) der alten Römer, welches bei *res mancipi* ein gewöhnliches und häufig vorkommendes Rechtsgeschäft war, ohne Zweifel etwas dem Wiederkauf Ähnliches. Mittels dieser *mancipatio* erhielt der Käufer vom quiritarischen Eigentümer zwar das Eigentum an der gekauften Sache übertragen, aber durch die beigefügte *fiducia* konnte der frühere Verkäufer die *remancipatio* gegen Zahlung des empfangenen Kaufgeldes verlangen Zwecks Durchführung seines Anspruches stand dem Verkäufer die

---

[76]) Glück, a. a. O. S. 220.

[77]) So von Förster, Preuss. Privatr. Bd. 2 S. 93. Glück, a. a. O. Bd. 16 S. 204. Nettelbladt, *de expensarum et pretii restitutione in retrovenditione Sect. II cap. I § 20.* Sintenis, a. a. O. Bd. 2 S. 647.

[78]) Nettelbladt, a. a. O. Sect. II cap. I § 20.

[79]) Strippelmann, Entscheid. des O. A.-G. zu Cassel (1851) Bd. 6 S. 256 ff.

actio fiduciae zu Gebote, mittels der er den Käufer zur *remancipatio* zwang. Dass die Römer dies Rechtsgeschäft selbst als eine Art von Verpfändung ansahen, beweist der Satz des *Gaius (II, 60): Sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure — —*. Der Käufer war dann der *creditor,* zur grösseren Sicherheit erhielt er durch *mancipatio* Eigentum, doch wurde er gegen die gegebene Kaufsumme zur *remancipatio* genötigt.

Bei *res nec mancipi* war eine *mancipatio cum fiducia* nicht möglich, man ersetzte die *fiducia* daher bei diesen durch eine einfache *lex venditionis,* welche eine Zurückgabe des verkauften Gegenstandes gegen Zahlung des Kaufgeldes bestimmte. Die *actio ex vendito* oder *praescripiis verbis* stand dem Verkäufer zwecks Erfüllung der *lex venditionis* zu Gebote.

Hierauf bezieht sich auch die *lex 2 Cod. IV,54* und ebenfalls die *l 12 D 19,5.* Dagegen redet die *l 7 Cod. eod. tit.: Si a te comparavit is, cuieus meministi, et convenit, ut, si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta — —* von einem resolutiv bedingten Kauf, worauf die Worte *„ut sit res inempta"* hindeuten.

Nach der oben angeführten *l 2 Cod IV 54* hatte sich also bei den Römern die Ansicht gebildet, dass sowohl bei *res mancipi* als *nec mancipi* eine Verabredung bestehen könnte, nach welcher dem Verkäufer gegen Zurückzahlung des Kaufgeldes die verkaufte Sache zurückgegeben werden sollte, mit anderen Worten: ein Wiederkauf.

Als das römische Recht in Deutschland recipiert wurde, gab es hier bereits ebenfalls den Vorbehalt des Wiederkaufes, der ziemlich häufig vorkam.

Wenn ein deutscher Grundeigentümer Geld brauchte, und er sich für die Zukunft die Möglichkeit bewahren wollte, entweder sein Grundstück überhaupt zu behalten oder doch wenigstens es einst später wiederzuerwerben, so standen ihm zwei Mittel zur Verfügung:[80])

1. Hingabe des Grundstücks als Pfand,
2. Der Verkauf desselben mit Vorbehalt des Wiederkaufes.

Letzteres Rechtsgeschäft hatte sich im 13., 14. und 15. Jahrhundert in Deutschland ausgebildet. Man verkaufte sein Grundstück und behielt sich beim Verkauf das Recht vor, gegen die erhaltene Kaufsummme dasselbe zurückerwerben zu können. Die Ursache zur Ausbildung dieses Vorbehaltes ist in den Verhältnissen der damaligen Zeit zu suchen.[81]) Es fehlte jeder

[80]) Platner, der Wiederkauf in der Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 4. S. 124 ff.

[81]) Platner, a. a. O. S. 125.

Personalkredit, ganz im Gegensatz zu Rom hatte sich in Deutschland der Realkredit entwickelt, ausserdem fehlte es an barem Gelde. Ferner wurden nach den Grundsätzen des kanonischen Rechtes alle versprochenen Zinsen für unerlaubter Wucher gehalten, jedes Zinsennehmen war daher verboten, und endlich war eine Bürgschaft sehr erschwert wegen der hohen Kosten, die durch Einlager verursacht wurden.

Unter diesen Umständen ist es auch leicht erklärlich, dass von den Geldgebern das Institut des Wiederkaufes einer Verpfändung vorgezogen wurde. Einmal war die Stellung des Gläubigers als Eigentümer der Sache eine ungleich bessere, ausserdem aber konnte vor allem beim Wiederkauf das kanonische Zinsverbot umgangen werden. Es war also der ganze Wiederkauf gewöhnlich nur ein verstecktes Darlehen mit erhöhter Sicherheit für den Gläubiger. Die bequeme Art, jedes Zinsverbot zu umgehen, indem als Wiederkaufspreis ein höherer festgesetzt wurde, als der ursprüngliche Kaufpreis betrug, bewirkte denn auch, dass in vielen Fällen dies Rechtsgeschäft einen wucherischen Charakter annahm. Hiergegen wandte sich schon „Die Ordnung und Reformation Guter Polizei zu Augspurg anno 1536“, wo es unter der Überschrift „Von wucherlichen Köcrakte“ (Titel 26 § 1) lautet: „Nachdem unss fürkommen / wie biss anher im heyligen Reich mannigfaltig wucherlich Köcrakt / die nit alleyn unzimlich / sonder auch unchristlich wider Gott und recht geübt worden seind / und täglichs geübt werden / als dass etlich eyn summa gelts / als acht hundert gulden hinleyhen sollen / und doch im Kaufbrieff mer / als tausend gulden setzen lassen / dardurch ihnen mer / dann fünff vom hundert verzinset / und im wiederkauff mer dann ire hauptsamma gewesen / empfangen.“

War ein solches Wiederkaufsrecht ausgemacht, entweder gleich beim Abschluss des Kaufvertrages oder auch erst nach dem Abschluss dem Verkäufer noch aus „besonderer Liebe, Gunst, Freundschaft oder Verwandtschaft“ [82]) eingeräumt, so stand die Ausübung des Rechtes dem Berechtigten entweder nur eine bestimmte Zeit lang oder auf ewig zu. Aber während dieser Frist konnte er sein Recht auch nicht jeder Zeit ausüben, sondern er musste es z. B. vor dem Martini- oder Michaelistage geltend machen, falls er es nicht für das ganze kommende Jahr verlieren wollte. Überhaupt wurde nicht selten eine Kündigungsfrist unter den Parteien vereinbart.

Die unter Belastung mit dem Wiederkaufsrecht verkaufte Sache war in der Hand des Käufers freies Eigentum, er konnte über sie verfügen, sie veräussern und verschenken,

[82]) Platner, a. a. O. S. 128.

doch musste anfangs bei jeder weiteren Veräusserung der ursprüngliche Käufer dem Berechtigten sein Recht von neuem in dem Kaufvertrage sichern lassen, später aber zog man vor, keine neuen Urkunden auszustellen, sondern die ursprünglichen Vertragsurkunden für jeden später am Vertrage Beteiligten dieselbe Gültigkeit haben zu lassen, wie für die ursprünglichen Kontrahenten. Hierdurch wurde der Wiederkauf unabhängig davon, ob der ursprüngliche Käufer oder ein Dritter Eigentum an der belasteten Sache hatte. Dem Berechtigten stand ein dinglicher Anspruch gegen jedermann zu.

Bei der Reception des römischen Rechtes war also bereits das Institut des Wiederkaufes ein in Deutschland weit verbreitetes. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis hat nun auf Grund der oben behandelten Quellen und unter Berücksichtigung des deutschrechtlichen Wiederkaufes das Institut des Wiederkaufes so entwickelt, wie es das heutige Recht kennt.

§ 11.

Rechtliche Natur des Wiederkaufes.

A. Gemeines Recht.

Über die rechtliche Natur des Wiederkaufes sind von den Rechtsgelehrten die verschiedensten Ansichten aufgestellt.

I. Früher[83]) begegnete man der Meinung, der Wiederkauf sei ein unter einer Resolutivbedingung abgeschlossener Kauf, bei welchem der Eintritt der Bedingung in dem Belieben des Berechtigten stehe. Diese Ansicht, welche keinen Stützpunkt in den Quellen findet, wird heute von niemand mehr vertreten. Auch spricht dagegen, dass der Kauf, an den sich die Nebenabrede des Wiederkaufes anschliesst, bestehen bleibt und nicht rückwärts wieder aufgelöst wird.

II Andere[84]) dagegen behaupten, der Vorbehalt des Wiederkaufes sei als Resolutivbedingung oder als *pactum de contrahendo* anzusehen. Sie leugnen also, dass es ein einheitliches Institut des Wiederkaufes gäbe. Wir können hier verweisen auf das was wir im I. Teil unserer Abhandlung[85]) hiergegen angeführt haben.

III. Weiter findet man die Auffassung, dass der Wiederkauf ein Kauf mit einem angehängten *pactum displicentiae* sei.

---

[83]) Dabelow, Handbuch d. heut. gem. Römisch-deutschen Privatr. Bd. 2 § 1305.

[84]) Unterholzner, Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen Bd. 2, § 434.

[85]) Vergl. § 4, III.

Ein solcher Vorbehalt kann sowohl von Seiten des Käufers als auch des Verkäufers vorkommen und giebt dem Käufer bezw. Verkäufer das Recht, vom Kaufe innerhalb einer bestimmten Frist zurückzutreten, falls ihn das Geschäft gereuen sollte. Dieses *pactum displicentiae* wirkt wie eine auflösende Bedingung des abgeschlossenen Kaufes, doch steht dem Berechtigten nur ein rein persönliches Recht zu, das er, wenn nichts Anderes bestimmt ist, innerhalb 60 Tagen ausüben muss. Nun ist aber das *pactum de retrovendendo* keineswegs bei keiner anderen Bestimmung auf 60 Tage beschränkt, vielmehr ist es unbestritten, dass das Wiederkaufsrecht viel länger ausgeübt werden kann.

Ferner lässt sich ein *pactum displicentiae* nur dann annehmen, wenn es deutlich erkennbar ist, dass die Parteien ein *„redhibere“* beabsichtigten[86]), wie dies die beiden Klauseln ausdrücken:

1. *ut, si displicuerit inemptus sit,*
2. *ut, si displicuerit, redhibeatur.*

Eine derartige Absicht der Parteien finden wir aber in den oben erwähnten Quellenstellen nicht zum Ausdruck gebracht.

IV. Nach der herrschenden Meinung[87]) ist der Vorbehalt des Wiederkaufes ein einem abgeschlossenen, unbedingten Kauf angehängter Nebenvertrag, welcher den ursprünglichen Käufer verpflichtet, die Sache auf Verlangen des Verkäufers an ihn zurückzuverkaufen. Hierin liegt aber, dass dieser Nebenvertrag ein Vorvertrag ist zwecks Abschluss eines neuen Kaufvertrages über ein verkauftes Objekt.

Diese Ansicht aber findet keine Stütze in den Quellen. Die *l 12 D 19,5* und *l 2 Cod. IV 54* enthalten nichts von einer Verpflichtung des ursprünglichen Käufers auf *„contrahere“* bezw. *„retrovendere“*, sondern auf *„restituere“* und *„transcribere“*. *„Transcriberet“* heisst nicht *„retrovenderet“*, sondern wie Faber[88]) schreibt, *„redderet“*, es besteht also nicht ein Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrages, sondern ein Recht auf Rückforderung der Sache gegen Bezahlung der bestimmten Summe. Es ist daher eine den Wiederkauf betreffende Verabredung nicht als ein Vorvertrag anzusehen.

V. Im Anschluss an diese Erwägung, dass die Quellenstellen einer Auffassung des Wiederkaufsrechtes als *pactum*

---

[86]) Fitting, Zur Lehre vom Kauf auf Besicht in der Zeitschr. für Handelsrecht von Goldschmidt Bd. 2 S. 266 ff.

[87]) Glück a. a. O. S. 200, Gruchots Beiträge Bd. IX S. 586, Koch a. a. O. Bd. 3 S. 250, v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 672, Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 413.

[88]) *Faber de erroribus pragmaticorum Dec. XXII error. 3.*

de contrahendo widersprechen, vertreten andere[89]) die Auffassung, dass der Wiederkauf nicht als ein neuer Kauf zu beurteilen sei, sondern zwischen den Parteien sei ein unbedingter Kauf mit der Klausel abgeschlossen, dass der Berechtigte unmittelbaren Anspruch auf Rückleistung habe. Durch die Ausübung des Wiederkaufes komme daher nicht ein neues Kaufgeschäft zu stande, sondern die Rückleistung, zu welcher der ursprüngliche Käufer sich durch das *pactum de retrovendendo* verpflichtet habe, gehöre zu dessen Gegenleistungen. *„Pactum retrovendi tionis"*, wie Leyser in der *meditatio I* schreibt, *„est pactum contractui emptionis venditionis adiectum, ut, pretio oblato, emptor eiusque heredes venditori eiusque heredibus rem restituere teneantur."*

Bechmann[90]), der in letzter Zeit diese Auffassung vertreten hat, bestimmt die rechtliche Konstruktion des Vorbehaltes des Wiederkaufes dahin, dass es ein resolutiver Nebenvertrag wäre. Der eine Teil ist vertragsmässig verpflichtet, nach dem Willen des anderen Teiles den Kauf wieder rückgängig zu machen, doch ist die *resolutio* so aufzufassen, dass trotz dieses Nebenvertrages der Hauptvertrag zur Perfektion kommt. Will man daher dieser Auffassung beitreten, so kann man, um den ersten einmal abgeschlossenen Kauf nicht wieder rückwärts aufzulösen, nur eine *resolutio ex nunc* annehmen. Damit wird dann durch die Ausübung des Wiederkaufes eine vollständige Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht erreicht, vielmehr braucht der Verpflichtete, falls kein Verschulden seinerseits vorliegt, die Sache nur in dem augenblicklichen Zustande zurückzugeben. Diese Auffassung ist m. E. eine richtige, aber gekünstelte, es giebt eine einfachere.

VII. Vangerow[91]) führt aus, dass im Grunde der Nebenvertrag des Wiederkaufes nur ein gewöhnliches Kaufgeschäft ist, dessen Realisirung der Willkür des Käufers überlassen ist." Hiermit erklärt er, wenngleich er diese Folgerung nicht zieht, den Wiederkauf für ein suspensiv bedingtes Kaufgeschäft. Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt die rechtlichen Beziehungen zwischem dem Berechtigten und dem Verpflichteten.

Die Parteien schliessen einen vollständigen unbedingten Kauf ab, sie sind sich einig über Ware und Preis, es folgt die Tradition und als Gegenleistung die Zahlung des Geldes. Ferner schliessen die Parteien über die eben verkaufte Sache einen zweiten Kauf ab, man ist sich ebenfalls einig über

---

[89]) Leyser, *Medit. ad Pand. Vol. III Spec. CXCI,* Strippelmann a. a. O. S. 260, Bechmann a. a. O. S. 533.

[90]) Bechmann a. a. O. S. 487 ff.

[91]) v. Vangerow, Pand. Bd. 1 § 147.

Ware und Preis. Aber dieser Kauf soll nach dem freien Belieben des ursprünglichen Verkäufers in Kraft treten, d. h. die Ausführung hängt allein ab vom Willen des Verkäufers. Es ist also eine reine Protestativbedingung, die hier dem Vertrage zugefügt wird, und diese macht den zweiten Kauf zu einem suspensiv bedingten.

Diese Auffassung lassen auch die Quellenstellen zu. Windscheid selbst erklärt, dass die *l 12 D 19,5* und *l 2 Cod IV, 54* eher in diesem Sinne zu verstehen sind.[92]) Nirgends aber reden die angezogenen Stellen von einem *„retrovendere"*, weil eben von einem „Wiederverkaufen" garnicht geredet werden kann. Denn der Wiederverkauf ist bereits bedingt abgeschlossen, es hat eventuell, d. h. nach Eintritt der Bedingung nur noch die Erfüllung des abgeschlossenen Kaufes zu erfolgen. Die Basiliken (XX, 4 § 12) übersetzen daher auch die Stelle aus der *l 12 D 19,5: „eodem mulier transcriberet viro"* mit *„ἐξεῖναί μοι τοῖς αὐτοῖς τιμήσασιν ἀναλαβεῖν αὐτὸν"* d. h. *ut cum fundum eodem pretio recipere liceret.*[93])

Eine weitere Folgerung ist, das die Terminologie für den Wiederkauf als *pactum de retrovendendo* unzutreffend ist. Die Quellen kennen diesen Ausdruck auch garnicht, ihr Stillschweigen hat auch seinen guten Grund darin, dass für das römische Recht der wirkliche Wiederkauf nichts besonderes hat. Für die Römer war es eben kein besonderes Institut, sondern sie sahen es als einen bedingten Kauf an.

Ausser v. Vangerow und Windscheid steht auch noch Treitschke unserer Auffassung nahe.[94]) Er führt direkt aus, dass, „bei den Römern deswegen ein *pactum de retrovendendo* nicht vorkommt, weil davon, dass die Sache erst verkauft werden solle, genau genommen nicht die Rede sein kann, indem sie durch die Nebenabrede bei ihrem Einkauf eigentlich auf den Fall, dass der damalige Verkäufer sie wieder haben wolle, schon verkauft ist." Es ergiebt sich demnach als Resultat unserer Ausführungen:

Der Wiederkauf ist ein bedingter Kaufvertrag und fällt daher unter die allgemeinen Regeln eines solchen.

---

[92]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 388I Anm. 7: „Möglich ist auch, dass die Parteien nicht sowohl einen Vertrag auf Abschluss eines Kaufvertrages gewollt haben, als einen bedingten Kaufvertrag d. h. es wird jetzt sogleich rückverkauft . . . . unter der Bedingung, dass der Verkäufer es wollen sollte. Es muss dahin gestellt bleiben, ob nicht die *l 12 D 19,5* und *l 2 Cod. 4,54* eher in diesem Sinne zu verstehen sind als in dem Sinne eines *pactum de retrovendendo.*"

[93]) Glück Bd. 16 S. 220.

[94]) Treitschke-Wengler a. a. O. S. 202.

B. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

I. Der von der herrschenden Meinung für das gemeine Recht aufgestellte Begriff, dass der Wiederkauf ein Vorvertrag wäre auf Abschluss eines Kaufes in umgekehrter Richtung lässt sich auch für das B. G.-B. nicht festhalten. Es bedarf garnicht (nach § 497) des Abschlussses eines zweiten Vertrages, sondern nur der einseitigen Erkläruag des Berechtigten, sein Recht ausüben zu wollen. Mit der Erklärung aber kommt der Wiederkauf zu stande, ohne dass der Verpflichtete seine Einwilligung irgendwie zu erklären braucht. Ferner spricht noch gegen die Annahme eines Vorvertrages, dass die Erklärung des Berechtigten an keine Form gebunden ist.[95])

II. Von anderen[96]) wird die Ansicht vertreten, dass die Verabredung des Wiederkaufes „ein Recht auf Einlösung", also auf Rückforderung des Kaufgegenstandes gegen Zahlung einer in bestimmter Weise normierten Einlösungssumme enthalte. Doch auch diese Auffassung harmoniert nicht mit den Bestimmungen des Gesetzes.[97]) Das Wiederkaufsrecht begründet einerseits einen Anspruch, der nicht der Verjährung unterliegt (§ 503). Dann aber insbesondere ist beim Wiederkauf nicht von einer Rückforderung oder Einlösung die Rede, sondern im Gesetzbuch (§ 497) steht ausdrücklich, dass durch die Erklärung des Berechtigten ein Kauf zu stande kommt.

III. Auch als Verabredung eines Rücktrittsrechtes lässt sich der Wiederkauf nicht ansehen. Es müsste dann stets der Wiederkaufspreis von gleicher Höhe sein, wie die einst erhaltene Kaufsumme. § 505 enthält eine gegenteilige Bestimmung, indem auch unter den Parteien als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart werden kann, den die betreffende Sache zur Zeit des Wiederkaufes hat.

IV. Planck[98]) sieht das Wesen des Vorbehalts des Wiederkaufes in einem auf Wiederverkauf gerichteten Vertragsantrag, an dem der Käufer eine bestimmte Frist (vergl. § 503) gebunden ist. Ist schon bei dieser Konstruktion bedenklich, dass der Verkäufer eventuell 30 Jahre (§ 503) lang seine Offerte aufrecht erhält, so spricht entscheidend gegen diese Auffassung, dass bei der Erklärung des Wiederkaufes keine Geschäftsform gewahrt zu werden braucht.

V. Eher kann man m. E. wegen der letzterwähnten Bestimmung zu der rechtlichen Konstruktion greifen, die wir

---

[95]), [96]) Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. S. 22 ff.

[97]) Matthiass a. a. O. S. 521. Planck, a. a. O. S. 271 No. 3.

[98]) Planck, a. a. O. S. 271.

[99]) So auch Matthiass, a. a. O. S. 521. Oertmann, a. a. O. S. 217

bereits für das gemeine Recht aufgestellt haben: Der Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes ist ein unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Kauf, der mit dem ersten Kauf *in continenti* über den eben verkauften Gegenstand abgeschlossen ist.[99])

Bedingt ist dieser Wiederkauf dadurch, dass der ursprüngliche Verkäufer innerhalb der gesetzlichen oder vertragsmässigen Frist die Rückgabe der verkauften Sache verlangt, der Eintritt der Bedingung steht also ganz in dem Belieben des zum Wiederkauf Berechtigten. Gegen diese Auffassung wird behauptet[100]), dass sie den Bestimmungen des Gesetzes widerspräche, da der Wiederkaufsberechtigte wegen kasueller Verschlechterung des Objektes keine Preisminderung verlangen könne (§ 498), denn an sich müsste bei einem suspensiv bedingten Vertrage der Verkäufer die Gefahr tragen.

Hiergegen lässt sich einmal anführen, dass der Wiederkäufer keineswegs von vornherein die Gefahr trägt. Da nämlich der Eintritt der Bedingung d. h. die Erklärung seinerseits, den Wiederkauf ausüben zu wollen, ganz in seinem Belieben steht und ihn keiner zur Ausübung nötigen kann, so kann er sich bei kasueller Verschlechterung des Objektes dadurch schützen, dass er von der Ausübung seines Rechtes einfach absieht.

Andererseits lässt sich die Bestimmung des § 498 als eine positive Sonderbestimmung beim Wiederkauf rechtfertigen.[101]) Der Wiederkäufer bleibt ja stets genügend gesichert durch die Möglichkeit sein Recht auszuüben oder nicht.

Zu erwähnen bleibt noch, dass die Berechtigung auch auf Seiten des ursprünglichen Käufers sein kann, natürlich repräsentirt sie sich dann als ein Recht zum Wiederverkauf. Doch kommt dieser Fall so selten vor, dass das B. G.-B. darüber keine Bestimmung enthält.[102]) Auch unsere Aufgabe soll daher nur sein, im folgenden die Wirkungen des Wiederkaufsrechtes, das zu Gunsten des ursprünglichen Verkäufers besteht, darzustellen.

Der Uebersichtlichkeit wegen wird im folgenden eine Teilung des Stoffes eintreten, indem wir erst das gemeine Recht und im Anschluss daran das B. G.-B. berücksichtigen.

---

[99]) So auch Matthiass, a. a. O. S. 521. Oertmann, a. a. O. S. 217.
[100]) Schollmeyer a. a. O. S. 23.
[101]) Oertmann, a. a. O. S. 217.
[102]) Motive, Bd. II S. 342.

Wirkungen des Wiederkaufsrechtes.

I. Gemeines Recht.

§ 12.

Obligatorische Wirkung.

Wenn auch an einer Sache ein Wiederkaufsrecht vorbehalten ist, so erhält dennoch der Käufer an derselben ein seiner Beschaffenheit und rechtlichen Wirkung nach vollkommenes Eigentum. Ihm steht daher die Nutzniessung an der Sache zu, er kann über sie frei verfügen, sie veräussern, dritten an der Sache Rechte bestellen, und er hat sämtliche Vindikationsrechte. Es bleiben auch sämtliche von ihm über die Sache gemachten Verfügungen bestehen, wenn der ursprüngliche Verkäufer die Sache zurückerwirbt.

Weiterhin zeigt sich als Folge des Eigentumserwerbes, dass der erste Käufer, falls ihm vorher ein Servitut an der gekauften Sache zustand, diese endgültig verliert, er erhält sie etwa auch dann nicht zurück, wenn der Berechtigte die Sache von ihm wiedererwirbt.

Der Vorbehalt des Wiederkaufes erzeugt auf Seiten des Verkäufers nur ein persönliches Recht gegen den Käufer, wie überhaupt alle Obligationen regelmässig nur zwischen den Parteien selbst wirksam sind.[103]) Diese Meinung hat auch die Quellen für sich. Sowohl die Pandektenstelle als auch die *l 2 Cod. cit.* bleiben durchaus bei der persönlichen Klage stehen. Es steht dem Berechtigten also kein Anspruch gegen Dritte zu. Ist daher die belastete Sache einem Dritten verkauft und tradiert, ohne dass eine eventuelle neue Einräumung des Wiederkaufsrechtes stattgefunden hat, so haftet nur der Verpflichtete. Geht der Anspruch gegen letzteren jetzt auch noch auf Übereignung der betreffenden Sache oder nur auf Schadensersatz?[104]) Es liegt in einem solchen Fall nahe, wo das Eigentum an dem Objekt, auf das sich das Wiederkaufsrecht bezieht, an einen Dritten übergegangen ist, dem Berechtigten nur noch einen Anspruch auf Schadensersatz zu geben. Doch würde dies unbillig für den Berechtigten sein. Es lässt sich auch jetzt noch ganz gut denken, dass der Verpflichtete sich die an den Dritten tradierte Sache von diesem wiederverschafft

---

[103]) So auch Bechmann, a. a. O. S. 534. Seuffert, Pandektenrecht, S. 311. Schweppe, Das römische Privatrecht, Bd. 3 S. 406. Sintenis, a. a. O. Bd. 2 S. 647. Windscheid Bd. 2. § 388 u. a. Ältere Juristen hielten es für ein dingliches Recht. *Baldus liber I cons. 82* bezeichnet das *pactum de retrovendendo* als *ius reale.*

[104]) Vergl. § 6 der Abhandlung.

und so seine Verbindlichkeit erfüllt. Denn nicht ist durch die Tradition der Sache an einen Dritten die Leistung des Verpflichteten eine unmögliche geworden, vielmehr besteht bloss eine subjektive Unmöglichkeit. Erst wenn sich ergiebt, dass thatsächlich der Verpflichtete der Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht nachkommen kann, so kommt die Frage nach Entschädigung in Betracht.

Eine andere Frage, die im Anschluss hieran zu behandeln ist, und die von älteren[105]) Schriftstellern bejaht ist, ist die, ob dem dritten, gesetzt er kennt das Wiederkaufsrecht des Berechtigten, seine *mala fides* schade?

Die ältere gemeinrechtliche Theorie, die auch von Glück vertreten wird, gab dem Gläubiger einer bestimmten ihm geschuldeten Sache, also besonders dem Käufer, ein *ius ad rem*, das auch dritten gegenüber wirkte, wenn sie ihrerseits beim Erwerbe der Sache von diesem Recht wussten.

Allein eine jede Obligation giebt nur ein Klagerecht gegen den Schuldner und dessen Erben. Daher kann der Gläubiger, mag ihm auch eine ganz bestimmte Sache geschuldet sein, sich nur an den Schuldner, falls er seine Verpflichtung nicht erfüllt, halten. Diese Ansicht hat auch die Quellen[107]) für sich. Daher kennt das gemeine Recht kein *ius ad rem*. Damit kann dem Dritten seine *mala fides* beim Erwerbe des betreffenden Objektes nicht schaden.

Der rein obligatorische Charakter des Wiederkaufsrechtes zeigte sich auch noch darin, dass es früher nicht ausgeübt werden konnte, wenn der Verpflichtete in Konkurs gekommen war. Man nahm nicht an, dass die Konkursgläubiger als Universalsuccessoren des Gemeinschuldners in die persönlichen Verpflichtungen desselben eintraten und seine obligatorischen Verbindlichkeiten erfüllen mussten. Vielmehr konnte der Berechtigte nur seinen Entschädigungsanspruch beim Konkursgericht anmelden und trat damit selbst als Konkursgläubiger auf.[108]) Doch diese Vorschriften sind durch die Reichskonkursordnung antiquiert. Die §§ 67, 154, 168,2 K.-O. finden in unserem Fall Anwendung.

---

[105]) Glück, a. a. O. S. 202.

[106]) Vergl. Dernburg, a. a. O. Bd. 2 S. 8.

[107]) *l 6 Cod. de hereditate vendita 4,39: Qui tibi hereditatem vendidit, autequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, exemplo actione conventus, quod tua interest praestare, cogitur.*

[108]) Treitschke, a. a. O. S. 209.

§ 13.

Vererblichkeit und Cessibilität — Unteilbarkeit des Wiederkaufsrechtes.

I. Eine passive Vererblichkeit des Wiederkaufsrechtes wird nirgends bestritten. Auch liegen m. E. keine Gründe vor, eine Vererblichkeit auf der aktiven Seite und eine Übertragbarkeit auszuschliessen. Wie wir bereits oben[109]) ausgeführt haben, liess das römische Recht allgemein eine Vererblichkeit und Cessibilität aller Forderungsrechte zu, mit Ausnahme der höchstpersönlichen. Nirgends aber ergiebt sich aus den Quellen, dass das Wiederkaufsrecht dem Berechtigten ein höchstpersönliches Recht geben sollte, daher kann es keine Ausnahme gegen die übrigen Forderungsrechte erleiden, somit gilt es als cessibel und sowohl aktiv wie passiv vererblich.

In diesem Sinne behandeln es auch die meisten.[110]) Ebenso wird die hier vertretene Ansicht vom Reichsgericht[111]) anerkannt, welches wörtlich ausführt: „Dagegen war man (unter den gemeinrechtlichen Juristen) einverstanden, dass es als ein vertragsmässiges reines Vermögensrecht der allgemeinen Regel nach auf die Erben übergehe, wenn es nicht ganz ausdrücklich dem Verkäufer als *ius personalissimum* eingeräumt war. In der That liegt in der Natur des Rechtsgeschäftes als eines *pactum de retrovendendo* — -- — nicht der geringste Grund, das dadurch begründete reine Vermögensrecht als ein unübertragbares *ius personalissimum* aufzufassen."

II. Durch die Vererblichkeit und Cessibilität des Wiederkaufsrechtes ist die Möglichkeit gegeben, dass die Ausübung des Rechtes mehreren zusteht. Es erhebt sich jetzt die Frage: In welchen rechtlichen Beziehungen stehen die Berechtigten zu dem Gegenstand, auf den sich ihr Recht bezieht? Findet eine Teilung der Obligation statt oder nicht? Das Wiederkaufsrecht bezieht sich stets auf eine bestimmte Sache, mag sie beweglich oder unbeweglich sein. Nur durch Leistung dieser Speziessache kann die Obligation erfüllt werden.

Nach der *l 72 D de V. O. 45,1*[112]) wird die Obligation

---

[109]) Vergl. § 7 No. II u. III d. Abhandl.

[110]) Glück, Bd. 16 § 997. Seufferts Archiv, Bd. 27, No. 131. Schweppe, a. a. O. Bd. 3 § 535. v. Scheurl, a. a. O. S. 145. Platner, a. a. O. S. 145. v. Wening-Ingenheim, a. a. O. I S. 673.

[111]) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 10 S. 220 (13. X. 1893).

[112]) *Ulpianus libro vicensi mo ad edictum: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiuint, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. idem puto et siquis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puto* ***fundum tradi*** *vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel opera vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem.*

auf Übergabe eines bestimmten Grundstückes für unteilbar erklärt, und mit Dernburg[113]) kann man analog dieser Quellenstellen treffend folgern, dass hiermit das Gleiche für die Traditon einer jeden Species, also auch einer beweglichen Sache gelten muss d. h. eine jede Obligation auf Leistung einer Spezies ist unteilbar.

Beim Wiederkaufsrecht ist nun der Verpflichtete zur Leistung einer ganz bestimmten Sache, einer Speziessache, obligiert, also ist die Obligation eine unteilbare.

Bei unteilbaren Obligationen kann aber jeder der Gläubiger die ganze Leistung, also in unserem Fall die Sache, auf die sich das Wiederkaufsrecht bezieht, fordern. Doch falls durch die Leistung an den einen nicht unmittelbar alle übrigen Gläubiger zugleich befriedigt werden, muss der Schuldner sich eine Sicherheit für die Ansprüche der übrigen Gläubiger stellen lassen.

Sind daher mehrere Wiederkaufsberechtigte, mag das Recht gleich bei der Begründung oder erst später durch Vererbung oder Cession an sie gekommen sein, vorhanden und will einer von ihnen den Wiederkauf ausüben, so kann er vom Verpflichteten die Erfüllung der ganzen Leistung verlangen, indem er seinerseits alle Kaufbedingungen erfüllt. Aber der Schuldner ist den anderen Berechtigten gegenüber verpflichtet, Sicherheitsstellung für die Erfüllung ihrer Ansprüche zu verlangen, falls der Käufer nicht die Einwilligung aller anderen Berechtigten zum Wiederkauf erhalten hat und nachweist. Eine solche Sicherheitsleistung von Seiten des Berechtigten fällt natürlich fort, wenn die übrigen Berechtigten von der Ausübung ihres Rechtes Abstand genommen haben oder eine Ausübung von ihrer Seite unmöglich ist.

Da die näheren Bestimmungen über die Ausübung des Wiederkaufsrechtes dem Vertrage der Parteien vorbehalten sind, so ist es möglich, dass sie das Wiederkaufsrecht korrealiter ausmachen. Doch muss die Korrealität ausdrücklich bestimmt sein. Es sind dann natürlich die Regeln über die Korrealobligationen anzuwenden, sodass jeder Berechtigte für sich allein den Wiederkauf ausüben kann, und der Verpflichtete durch Leistung an ihn von jeder weiteren Verbindlichkeit den anderen Berechtigten gegenüber befreit wird.

Zum Schluss bleibt noch zu erwähnen, dass, wenn von mehreren Verpflichteten einer im alleinigen Besitz der Sache ist, auf die sich das Wiederkaufsrecht bezieht, gegen diesen allein geklagt[114]) werden kann, andernfalls geht die Klage gegen sämtliche Verpflichtete.

[113]) Dernburg, Bd. 2 S. 71.
[114]) Koch, a. a. O. Bd. 3 S. 252.

II. Nach B. G.-B.

§ 14.

Allgemeine Wirkung.

I. Der Vorbehalt des Wiederkaufes wirkt nach B. G.-B. nur unter denen, die den Vertrag schliessen, also rein obligatorisch. Das B. G.-B. kennt überhaupt kein dingliches Wiederkaufsrecht, auch nicht in Bezug auf Grundstücke kann es durch Eintragung dingliche Wirkung erlangen. Hierbei ging der Gesetzgeber[115]) wohl von dem Gedanken aus, dass gerade mit der Bestellung eines dinglichen Wiederkaufsrechtes an Grundstücken eine grosse Schädigung des Realkredits des Verpflichteten eintreten würde und es zu einer Sperrung des Grundbuches führen würde.

Jedoch kann für den Berechtigten zur Sicherung seines persönlichen Anspruches (§ 883 ff.) eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Wirkung einer solchen Vormerkung richtet sich nicht nur gegen Dritte, sondern auch gegen das Grundstück selbst (§ 883 Abs. 2), also auch dann, wenn über das Vermögen des Verpflichteten Konkurs eröffnet wird (§ 24 R.-K.-O.)

Ausser in diesem eben erwähnten Fall ist das Wiederkaufsrecht lediglich rein obligatorischer Natur. Der Berechtigte hat also, ebenso wie im gemeinen Recht, gegen Dritte, selbst wenn sie den Vorbehalt kannten, keinen Anspruch. Doch der Wiederverkäufer bleibt verpflichtet etwaige Rechte, die er Dritten vor der Ausübung des Wiederkaufsrechtes bestellt hat, zu beseitigen. Überhaupt ist er dafür verbindlich (§ 498), dass der gekaufte Gegenstand dem Berechtigten in demselben Zustand wieder übergeben wird, wie er ihn erhalten hat. Es ist hierbei eine gewöhnliche Abnutzung oder unwesentliche Änderung der Sache nicht zu berücksichtigen[116]) ebenso wenn den Verpflichteten kein Verschulden an der Verschlechterung trifft. In den übrigen Fällen aber ist der Wiederverkäufer für den Schaden, der aus einer Verschlechterung der Sache, Untergang u. s. w. entsteht, verantwortlich zu machen.

Ferner findet das Wiederkaufsrecht, was in seiner obligatorischen Natur begründet ist, bei einem Zwangsverkaufe keine Berücksichtigung. Der Wiederkäufer kann sich nur

---

[115]) So die Motive, Bd. 3 S. 451.

[116]) Oertmann, a. a. O. S. 487. Anm. 2: »Welche Verschlechterung unwesentlich ist, ergiebt sich aus dem konkreten Fall. Entscheidend ist nicht das physische, sondern das wirtschaftliche Moment.«

an den Verpflichteten persönlich halten, dieser hat einzustehen für Verfügungen über den Gegenstand, (§ 499), die

1. im Wege der Zwangsvollstreckung (C.-P.-O. § 704 ff, bei Immobilien, Zwangsverst.-Ges. v. 24. III. 1897),
2. im Wege der Arrestvollziehung (C.-P.-O. § 919 ff),
3. durch den Konkursverwalter (K.-O. § 126 ff.)

erfolgen. Der Verpflichtete hat hier in erster Linie eine „Verschaffungspflicht“[117]) und nach dieser erst die Pflicht, den entstandenen Schaden zu ersetzen.

II. Das Wiederkaufsrecht ist als ein reines, nur von einer Protestativverbindung abhängiges Vermögensrecht vererblich und cessibel. Das B. G.-B. giebt damit zu erkennen, dass die Nichtübertragbarkeit keineswegs schon, wie es von manchen für das gemeine Recht behauptet wurde, im Wesen des Wiederkaufsrechtes liegt. Natürlich bleibt es dem besonderen Willen der Parteien vorbehalten, dies nach ihrem Ermessen zu beschränken.

Überdies würde eine allgemeine Bestimmung, die das Wiederkaufsrecht für unübertragbar erklärte, leicht zu umgehen sein. Der Berechtigte würde einfach erklären, dass er Wiederkauf ausübe, darauf würde er sein Recht aus dem abgeschlossenen Kauf einem Dritten übertragen. So wäre durch einen Umweg dasselbe Resultat erreicht, wie wenn das Wiederkaufsrecht durch Cession an einen Dritten übertragen wäre.

Andererseits könnte in einer Unübertragbarkeit des Wiederkaufsrechtes leicht eine Ungerechtigkeit gegen die Gläubiger des Berechtigten liegen, indem es ihnen als Gegenstand der Zwangsvollstreckung entzogen wäre.

III. Wie schon für das gemeine Recht angenommen werden musste, so ist auch nach dem B. G.-B. (§ 502) das Wiederkaufsrecht nicht teilbar.

Sind daher mehrere Wiederkaufsberechtigte vorhanden, so kann das Wiederkaufsrecht nur von ihnen zusammen ausgeübt werden. Nur wenn einer von ihnen auf die Ausübung seines Rechtes verzichtet hat oder durch Fristversäumung (§ 503) u. s. w. sein Recht verloren hat oder auch nur stillschweigend erklärt hat, dass er sein Recht nicht ausüben wolle, so wächst gewissermassen sein Recht den übrigen Berechtigten zu d. h. sie können ohne ihn mit Wirksamkeit den Wiederkauf ausüben.

---

[117]) Oertmann, a. a. O. § 499 Anm. 2.

Sind mehrere Verpflichtete vorhanden, so erhebt sich die Frage, ob gegen sie nur gemeinsam das Recht ausgeübt werden kann. Es wird dies lediglich eine nach dem konkreten Fall zu beurteilende Frage sein. Denn das Gesetzbuch enthält darüber keine positive Bestimmung. Eine Unteilbarkeit wird angenommen werden müssen, wenn sie auch nur stillschweigend im Vertrage der Parteien enthalten ist z. B. mehrere Gesellschafter kaufen den Gegenstand für die Societät und gewähren bei dem Kauf dem Gegenkontrahenten ein Wiederkaufsrecht.